الجزء الثالث

من

كتاب البحر الزخار

الجامع لمذاهب علماء الأمصار

تأليف الإمام المجتهد المهدي لدين الله

أحمد بن يحيى بن المرتضى المتوفى سنة ٨٤٠ هـ

ويليه

كتاب جواهر الأخبار والآثار

المستخرجة من لجة البحر الزخار

للعلامة المحقق محمد بن يحيى بهران الصعدي المتوفى سنة ٩٥٧ هـ

ولتمام الفائدة ألحقنا به تعليقات من مراجع مختلفة لمصححه

القاضي عبد الله بن عبد الكريم الجرافي

دار الحكمة اليمانية

صنعاء - ص.ب (١١٠٤١)

الكتاب ٥
تصوير ١٤٠٩ هـ = ١٩٨٨ م
الطبعة الأولى ١٣٦٦ هـ = ١٩٤٧ م

دار الحكمة اليمانية

ج.ع.ي. ـ صنعاء ـ شارع القصر الجمهوري ـ ص.ب (١١٠٤١) ـ برقياً: (حكمة)
س . ت ٧٦٩٦ هاتف ٢٧٢٤٧٤ ، ٧٣٥٨٤ ـ تلكس HEKMA 2943 YE

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح

هو فى اللغة والشرع عقد بين الزوجين يحل به الوطء «مسألة» (ه صش شص ٤) وهو حقيقة فى العقد مجاز فى الوطء لقوله تعالى (فانكحوهن بإذن أهلهن) والوطء لا يحل إلا بالإذن (ح) بل للوطء لقوله ﷺ « لعن الله ناكح البهيمة » وقوله ﷺ « تناكحوا تكثروا » قلنا مجازاً إذ يحتاج إلى قرينة العقد (ى بعض صح) مشترك لاستوائه بينهما . قلت : بل سبق الفهم إلى العقد عند الاطلاق ، والأصل عدم الاشتراك .

فصل

وجواز النكاح الشرعى معلوم من الشرع ضرورة (ى) ويحتمل أن لايكفر منكره ، إذ ليس من الدين . قلت بل يكفر لرد القرآن «مسألة» (ه ها) وليس بواجب على الاطلاق ، إذ لادليل (د) يجب أو التسرى لقوله تعالى (فانكحوا) . قلنا : قال (ما طاب) وقد قال ﷺ « من سنتى النكاح » فأفاد عدم الحتم . « مسألة » ويجب على من يعصى لتركه لقوله

كتاب النكاح

(قوله) «لعن الله ناكح البهيمة» تقدم

(قوله) «تناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الأمم يوم القيامة» حكاه فى الشفاء وفى التلخيص من حديث ابن عمر ، ونسبه المصنف إلى صاحب مسند الفردوس وضعفه ، قال قال رسول الله ﷺ « حجوا تستغنوا ، وسافروا تصحوا ، وتناكحوا تكثروا فانى أباهى بكم الأمم» ثم قال وذكره البيهقى عن الشافعي ، وزاد فى آخره «حتى بالسقط» ثم قال : وعن أنس وصححه ابن حبان بلفظ « تزوجوا الولود الودود فانى مكاثر بكم الأنبياء يوم القيامة » وذكر أحاديث أخر .

(قوله) «من سنتى النكاح» روى عن النبى ﷺ أنه قال «من أحب فطرتى فليستن بسنتى ، ومن سنتى النكاح» انتهى . ولعله فى الانتصار ، وعن أنس أن النبى ﷺ قال فى حديث «ولكنى أصوم وأفطر ، وأصلى ، وأرقد ، وأتزوج النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » هكذا فى

ﷺ «يامعشر الشباب» الخبر، و يحرم على العاجز عن الوطء من بعصي لتركه وعاد. والتفريط من نفسه مع القدرة لقوله تعالى (ولاتضاروهن) ونحوه ، وندب لمن يتوق إليه ولايخشى العنت. لقول « عم » خيرنا أكثرنا نكاحا . يريد الرسول ﷺ ونحو ذلك (ح بعصش) بل يستحب مطلقاً لآثار الحث عليه . قلنا معارض لقوله ﷺ « خير الناس من بعد المائتين بين خفيف الحاذ »

رواية البخاري ومسلم ، ونحوه للنسائي . وعن عائشة فى حديث أن رسول الله ﷺ قال « فانى أنام وأصلى ، وأصوم وأفطر ، وأنكح النساء » أخرج الحديث أبو داود . وعن أبى أيوب قال : قال رسول الله ﷺ «أربع من سنن المرسلين : الحناء ، والتعطر ،والسواك ، والنكاح» وقال بعض الرواة « الحياء » بالياء . أخرجه الترمذى .

(قوله) « يامعشر الشباب » الخبر . عن علقمة عن عبد الله بن مسعود قال قال لنا رسول الله ﷺ « يامعشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج ،فانه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم فانه له وجاء » أخرجه البخارى ومسلم ،وفيه قصة ،وللباقين إلا الموطأ نحوه (ح)الوجاء بكسر الواو والمد على الجيم ،رض الخصيتين ،وهو هنا مجاز عن ضعف شهوة النكاح .

(قوله) كقوله ﷺ «لاضرر ولا ضرار فى الاسلام » وقوله ﷺ «من ضار ضار الله به » وسيأتيان إن شاء الله تعالى .

(قوله) « لقول (عم) : خيرنا أكثرنا نكاحاً » هذا الحديث فى الجامع عن ابن عباس ولفظه عن سعيد بن جبير قال « قال لى ابن عباس هل تزوجت ؟ قلت لا ، قال تزوج فان خير هذه الأمة كان أكثرهم نساء ، يعنى رسول الله ﷺ » أخرجه البخارى

(قوله) «ونحوذلك»عن أنس أن رسول الله ﷺ قال«من رزقه الله امرأة صالحة فقدأعانه على شطر دينه ، فليتق الله فى الشطر الثانى » رواه الطبرانى والحاكم والبيهقى . وعن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ «ثلاثة حق على الله تعالى عونهم : المجاهد فى سبيل الله ، والمكاتب الذى يريد الاداء ،والناكح الذى يريد العفاف »رواه الترمذى وغيره .وعن أبى نجيح المكى أن رسول الله ﷺ قال «من كان موسرا لان ينكح فلم ينكح فليس منا »رواه الطبرانى والبيهقى .وعن ابن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « الدنيا متاع ، ومن خير متاعها المرأة الصالحة » أخرجه مسلم والنسائى . وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) : « خير الناس من بعد المائتين الخفيف الحاذ » تمامه : قيل : يارسول الله وما الخفيف الحاذ ؟ قال : الذى لاأهل له ولا ولد» هكذا روى . والذى فى الجامع عن أبى أمامة أن رسول الله ﷺ قال : « قال الله تعالى إن أغبط أوليائى عندى مؤمن خفيف الحاذ ، ذو حظ من الصلاة ،

ونحوه ، فاقتضى الكراهة لمن لاداعى له . «مسألة» ومناكح الكفار ضروب منها مطابق . للاسلام كالذى ولد عنه ﷺ ، لقوله « ولدت من نكاح لامن سفاح » وكنكاح خديجة قبل البعثة .ومنها الاستنجاب والمشابهة والرايات .وسنأتى إن شاء الله تعالى .« مسألة » وندب تحرى ذات الدين الخ

أحسن عبادة ربه وأطاعه فى السر ، وكان غامضا فى الناس لا يشار إليه بالأصابع ، وكان رزقه كفافاً فصبر على ذلك ، ثم نقر بيده فقال : عجلت منيته ، قل تراثه ، قلت بواكيه » أخرجه الترمذى.

(قوله) « ونحوه » فى شرح البخارى لابن بطال عن رسول الله ﷺ « إذا كانت سنة ثمانين ومائة فقد أحللت لأمتى الغربة والترهب فى رؤس الجبال » . وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « يأتى على الناس زمان لايسلم لذى دين دينه إلا من هرب بدينه من شاهق إلى شاهق ، ومن جحر إلى جحر . فاذا كان كذلك لم ينل المعيشة إلا سخط الله تعالى ، فاذا كان ذلك كذلك كان هلاك الرجل على يدى زوجته وولده ، فان لم يكن له زوجة ولا ولد كان هلاكه على يدى أبويه ، فان لم يكن له أبوان كان هلاكه على يدى قرابته الجيران . قالوا : كيف ذلك يا رسول الله ؟ قال : يعيرونه بضيق المعيشة ، فعند ذلك يورد نفسه الموارد التى يهلك فيها » رواه البيهقى

(قوله) : «ومناكح الكفار ضروب» . إلى آخر المسألة . عن عروة أن عائشة أخبرته «أن النكاح فى الجاهلية كان على أربعة أنحاء : فنكاح منها نكاح الناس اليوم ، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته فيصدقها ثم ينكحها . ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها ارسلى إلى فلان فاستبضعى منه ، ويعتزلها زوجها ولا يمسها حتى يتبين حملها من ذلك الرجل الذى تستبضع منه ، فاذا تبين حملها أصابها زوجها إذا أحب ، وإنما يفعل ذلك رغبة فى نجابة الولد ، فكان هذا النكاح نكاح الاستبضاع . ونكاح آخر : يجتمع الرهط ما دون العشرة ــ فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها ، فاذا حملت فوضعت ومر ليالى بعد أن تضع حملها ، أرسلت إليهم فلم يستطع رجل منهم أن يمتنع ، حتى يجتمعوا عندها ، فتقول لهم : قد عرفتم الذى كان من أمركم ، وقد ولدت ، فهو ابنك يا فلان ــ تسمى من أحبت باسمه ــ فلايستطيع أن يمتنع الرجل . ونكاح رابع : يجتمع الناس الكثير ، فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممن جاءها ، وهن البغايا ، كن ينصبن على أبوابهن الرايات ، ويكون علماً ، فمن أرادهن دخل عليهن ، فاذا حملت إحداهن ووضعت حملها ، جمعوا لها ودعوا القافة ثم ألحقوا ولدها بالذى يرون فالتاط به ودعى ابنه ، فلا يمتنع من ذلك .فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم» أخرجه البخارى ، وكذلك أبوداود ، إلا أنه قدم النكاح الرابع فجعله أولا . قلت : فالضرب الأول من هذه الأربعة

لقوله ﷺ « فعليك بذات الدين تربت يداك » ولم يقصد الدعاء ، إذ قال مثله لعائشة ، أو أراد إن خالف ، ولا يضر لقوله ﷺ « إني بشر » الخبر . وذات العقل لتطييب المعاشرة ، والحسب لقوله ﷺ « تخيروا لنطفكم » ونحوه . والجمال لقوله ﷺ « إنما النساء لعب » ونحوه . والبكر لقوله

الأنكحة هو كما ذكره في الكتاب ، والضرب الثاني وهو نكاح الاستنجاب هو نكاح الاستبضاع المذكور ، وأما المشابهة والرايات فقد جعلهما في الكتاب ضربين ، ولعله كذلك في الانتصار وهما في الحديث المذكور ضرب واحد كما تقدم ، وأسقط في الكتاب الضرب الثالث المذكور في الحديث فلم يذكره والله أعلم .

(قوله) « فعليك بذات الدين تربت يداك » عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « تنكح المرأة لمالها ، ولحسبها ، ولجمالها ، ولدينها ، فاظفر بذات الدين تربت يداك » أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي « ح » تربت يداك هو في الأصل دعاء بالفقر ، ثم صار يراد به الحض على الأمر .

(قوله) « إذ قال ﷺ مثله لعائشة » تقدم في باب الغسل .

(قوله) « اللهم إني بشر . . » الخبر . عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « اللهم إنما أنا بشر أغضب كما يغضب البشر ، فأيما رجل من المسلمين سببته أو لعنته أو جلدته فاجعلها له صلاة وزكاة وقربة يتقرب بها إليك يوم القيامة ، واجعل ذلك كفارة له يوم القيامة » أخرجه البخاري ومسلم مع رواية أخرى ، وفي معناه أحاديث أخر .

(قوله) « تخيروا لنطفكم » تمامه « فان العرق دساس » هكذا روى ، ولعله في الانتصار وفي التلخيص عن عائشة مرفوعا « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء ، وأنكحوا إليهم » ونسبه إلى ابن ماجه والدارقطني .

(قوله) « ونحوه » روى عن النبي ﷺ أنه قال : « إياكم وخضراء الدمن ، قيل : وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء في المنبت السوء » هكذا روى ، ولعله في الانتصار . وقد ذكره في التلخيص ونسبه إلى الرمهرامزي والعسكري وابن عدي وغيرهم وضعفه .

(قوله) « إنما النساء لعب ونحوه » . حكى في الشفاء عن أبي بكر محمد بن عمرو بن حزم عن النبي ﷺ أنه قال : « إنما النساء لعب ، فاذا اتخذ أحدكم لعبة فليستحسنها » اهـ . وعن أبي أمامة أن النبي ﷺ كان يقول : « ما استفاد المؤمن بعد تقوى الله خيرا له من زوجة صالحة ، إن أمرها أطاعته ، وإن نظر إليها سرته ، وإن أقسم عليها أبرته ، وإن غاب عنها حفظته في نفسها وماله » رواه ابن ماجه .

ﷺ « هلا بكرا تزوجت » والولود لقوله ﷺ « خير نسائكم الولود » ونحوه . والقرشية لقوله ﷺ « خير النساء » الخبر والودود . لقوله ﷺ « خير النساء الودود » والمتحببة لقوله ﷺ « الغلمة » والنكاح فى شوال « لفعله ﷺ فى (عا) » وتقديم النظر إلى وجهها لقوله ﷺ

(قوله) « هلا تزوجت بكراً » عن جابر قال : « تزوجت امرأة فى عهد رسول الله ﷺ ، فلقيت النبي ﷺ فقال لى : يا جابر ، تزوجت ؟ قلت : نعم ، قال : بكراً أم ثيباً ؟ قلت : ثيبا ، قال : فهلا بكراً تلاعبها ؟ قال قلت يا رسول الله إن لى أخوات فخشيت أن تدخل بينى و بينهن . قال : ذاك أذى ، إن المرأة تنكح على دينها ومالها وجمالها ، فعليك بذات الدين تربت يداك » هذه إحدى روايات مسلم لحديث أخرجه الستة إلا الموطأ .

(قوله) « خير نسائكم الولود » ونحوه . لفظه عن أنس أن النبي ﷺ قال «ألا أخبركم بنسائكم فى الجنة ؟ قلنا : بلى يا رسول الله ، قال : كل ودود ولود ، إذا أغضبت أو أسيء إليها أو غضب زوجها قالت : هذه يدى فى يدك ، لا أكتحل بغمض حتى ترضى » رواه الطبرانى. قال المنذرى : وقد روى هذا المتن من حديث ابن عباس وكعب بن عجرة وغيرهما . وعن معقل ابن يسار قال « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال : إنى أحببت امرأة ذات حسب وجمال ، إلا أنها لا تلد ، أفأتزوجها ؟ قال : لا . ثم أتاه الثانية فنهاه ، ثم أتاه الثالثة ، فقال : تزوجوا بالودود الولود ، فانى مكاثر بكم الأمم » أخرجه أبو داود والنسائى .

(قوله) « خير النساء . . . » الخبر . عن أبى هريرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «نساء قريش خير نساء ركبن الابل ، أحناه على طفل فى صغره ، وأرعاه على زوج فى ذات يده». وفى رواية « خير نساء ركبن الابل ، صالح نساء قريش . . . » وذكر الحديث . وفيه رواية أخرى . أخرجه البخارى ومسلم .

(قوله) « خير النساء الولود » تقدم بمعناه .

(قوله) « الغلمة » : روى عن النبي ﷺ أنه قال : « خير امرأة : العفيفة لفرجها ، الغلمة لزوجها » هكذا روى والله أعلم .

(قوله) « لفعله ﷺ » عن عائشة قالت : « تزوجنى رسول الله ﷺ فى شوال ، ودخل بى فى شوال ، فأى نسائه كان احظى عنده منى ؟ » قال : وكانت عائشة تستحب أن تدخل نساءها فى شوال » أخرجه مسلم والترمذى والنسائى .

« فلينظر إليها » ومنعه (ك) ولا وجه له . ولها النظر إليه كذلك . قلت : ولا يتعدى المرة إن عرف بها . (ط) يجوزو له التكرار ، ويحرم إن قارنته شهوة ، وقيل لا ، (تضى جط) ويحرم غير الوجه (ش صح) الكفان كالوجه (د) يجوز كلها حتى الفرج ، وعنه إلا الفرج .

فصل فى الخطبة

« مسألة » وتحرم فى عدة الرجعى إجماعا ، والتصريح من غير الزوج فى كل عدة إجماعا ويجوز التعريض فى المتوفى عنها والمثلثة إجماعا ، لفعله ﷺ فى أم سلمة وفاطمة بنت قيس ،

(قوله) « فلينظر إليها » . عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « إذا خطب أحدكم المرأة فان استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل ، قال : فخطبت امرأة فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها مادعانى إلى نكاحها فتزوجتها » . أخرجه أبو داود . وعن المغيرة أنه خطب امرأة فقال له النبي ﷺ « أنظر إليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما » أخرجه الترمذى والنسائى نحوه . «ح» يؤدم بينكما أى تدوم صحبتكما .

فصل فى الخطبة

قوله) « لفعله ﷺ فى أم سلمة » . روى عن الصادق جعفر بن محمد أنه دخل على امرأة وهى فى عدتها ، فقال لها : قد علمتْ قرابتى من رسول الله ﷺ . وحق جدى على ، وقدمى فى الاسلام . فقالت له : غفر الله لك ، أتخطبنى وأنا فى عدتى ! ومنكم يؤخذ العلم ؟ فقال : أو قد فعلت ! إنما أخبرتك بقرابتى من رسول الله ﷺ وموضعى ، ولقد دخل رسول الله ﷺ على أم سلمةوكانت عند ابن عمها أبى سلمةفتوفى عنها، فلم يزل يذكر منزلته من الله تعالى وهو متحامل على يده حتى أثر الحصير فى يده من شدة تحامله على يده ، فما كانت تلك خطبة منه » اه هكذا حكى هذه القصة فى الانتصار عن الصادق ، والصواب روايتها عن أبيه الباقر ، كما فى الكشاف وغيره ، والله أعلم . على أن الذى فى كتب الحديث عن النبي ﷺ فى خطبة أم سلمة أنه أرسل إليها عمر بن الخطاب يخطبها عليه بعد انقضاء عدتها كما سيأتى .

(قوله) « وقصة فاطمة بنت قيس » عن فاطمة بنت قيس ، قال أبو سلمة بن عبد الرحمن عنها « إن أبا عمرو بن حفص طلقها ألبتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته ، فقال : والله مالك علينا من شيء ، فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال : ليس لك عليه

وقصة الصادق مشهورة . (هب قش) والمختلعة كالمثلثة (قش) بل كالرجعية ، إذ تحل لزوجها بعقد . لنا ظاهر الآية والقياس ، والتعريض دون الكناية فى الافهام . « مسألة » وتحرم الخطبة على خطبة المسلم بعد التراضى إلا بإذن الخاطب ، لقوله ﷺ «لايخطب الرجل» الخبر . وتجوز قبل التراضى لفعله ﷺ فى فاطمة بنت قيس (هب قش) ومهما لم يصرح ولى الصغيرة بالاجابة جازت الخطبة ، وإن عرض بالإجابة ، إذ الاستشارة من بنت قيس أمارة رضاها ولم يمنعه ﷺ من خطبتها لأسامة (ح قش) ظاهر النهى المنع . قلنا خصه فعله ﷺ « مسألة » وإن خطب خمس نسوة دفعة ورضين لم يحل لغيره خطبة إحداهن حتى يستكمل أربعا أو يأذن . « مسألة » (الأكثر) ومن خطب على خطبة أخيه ونكح وصحّ نكاحه ، إذ لا مفسد . أم (دعك) النهى يفسده . قلنا : لم يتعلق بنفس العقد ، بل كالنجش فى البيع ، سلمنا ، فالنهى لا يقتضى الفساد . «مسألة» . وندب تعجيل العقد بعدالتراضى

نفقة ، فأمرها أن تعتد فى بيت أم شريك ، ثم قال : تلك امرأة تغشاها أصحابى ، اعتدى عند أم مكتوم فانه رجل أعمى ، تضعين ثيابك ، فاذا حللت فآذنينى ، قالت : فلما حللت ذكرت له أن معاوية بن أبى سفيان وأباجهم خطبانى ، فقال رسول الله ﷺ : أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه ، وأما معاوية فصعلوك لامال له . أنكحى أسامة بن زيد ، فكرهته ، ثم قال : أنكحى أسامة ، فنكحته ، فجعل الله فيه خيراً واغتبطت » . هذه إحدى روايات مسلم . وفى الحديث له ولغيره روايات كثيرة .

(قوله) « وقصة الصادق مشهورة » تقدم الكلام فيها .

(قوله) « لا يخطب الرجل . . . » الخبر . عن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « لا يخطب الرجل على خطبة أخيه » هذه إحدى روايات حديث أخرجه السنة . وعن ابن عمر قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن له » وهذه أيضاً إحدى روايات حديث أخرجه السنة .

(قوله) « فى فاطمة بنت قيس » وقوله من خطبتها لأسامة ، جميع ذلك فى خبر فاطمة بنت قيس الذى تقدم ذكره .

لقوله ﷺ : «ثلاث لايتأنى فيهن» الخبر . والتسمية عند العقد ، لقوله ﷺ : «كل أمر ذى بال» الخبر . والخطبة قبله لفعله ﷺ ، وعقده فى المسجد إذ هو من الطاعات (الأكثر) ولم تجب إذ لم يخطب ﷺ فى عا وفاطمة (د) تجب لقوله تعالى : (فانكحوا) ، وفعله ﷺ بيان ، وقد خطب . لنا ما مر . وندب خطبتان : الأولى من الولى قبل العقد ، والثانية من الزوج حاله (ه أكثر صش) ويغتفر تخللها بين الايجاب والقبول ، لورود السنة بها (بعصش) بل يفسده لوجوب اتصالهما . قلنا : ليست بأعراض «مسألة» وندب أن يؤتى بلفظه ﷺ : «الحمد

(قوله) «ثلاث لايتأنى فيهن . . . » الخبر . تقدم فى كتاب الجنائز بمعناه .

(قوله) «كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه باسم الله فهو أبتر» هكذا روى والله أعلم . ولفظه فى التلخيص : «كل أمر ذى بال لا يبدأ فيه بحمد الله فهو أبتر» . وفى رواية «فهو أقطع» . وفى رواية «كل كلام لايبدأ فيه بالحمد فهو أجذم» ونسبه إلى أبى داود والنسائى وغيرهما من حديث أبى هريرة .

(قوله) «والخطبة قبله» لفعله ﷺ . سيأتى ما ورد فى ذلك .

(قوله) «إذ لم يخطب ﷺ فى عائشة وفاطمة» قيل هكذا فى الانتصار ، لكن حكى فى الغيث «أن النبى ﷺ خطب عند العقد بفاطمة فقال : الحمد لله المحمود لنعمته ، المعبود لقدرته ، المتعالى لسلطانه ، المنير لبرهانه ، الحق لحقائق أدلته ، المهيمن لسعة علمه ، الجبار لجلاله ، القاهر لشدة محاله ، العادل فى أفعاله ، الصادق فى أقواله «أما بعد» : فان الله تعالى أمرنى أن أزوج فاطمة من على ، وقد زوجته على خمسمائة درهم . رضيت يا على ؟ فقال : رضيت يا رسول الله» اه

(قوله) «وندب أن يؤتى بلفظه إلى قوله ونحوهما» عن ابن مسعود قال «علمنا رسول الله ﷺ خطبة الحاجة : الحمد لله نستعينه ونستغفره ونعوذ به من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا ، من يهدى الله فلا مضل له ، ومن يضلل الله فلا هادى له ، وأشهد أن لاإله إلا الله ، وأشهد أن محمداً عبده ورسوله . يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون . يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وقولوا قولاسديدا ، يصلح لكم أعمالكم ويغفر لكم ذنوبكم ، ومن يطع الله ورسوله فقد فاز فوزاعظيما» ولم تذكران فى بعض الروايات . وفى رواية «أن رسول الله ﷺ كان إذا تشهد قال : الحمد لله» وذكر نحوه . وزاد بعد قوله ورسوله «أرسله بالحق بشيرا ونذيرا بين يدى الساعة ، من يطع الله ورسوله فقد رشد ، ومن يعصهما فانه لا يضر إلا نفسه ولا يضر الله شيئاً» أخرجه أبو داود . وللنسائى نحو الأولى ، وللترمذى نحوهما مع ذكر التشهد فى الصلاة . وروى أن أبا طالب حين خطب خديجة للنبى ﷺ قال :

لله نحمده . . » الخ ، أو لفظ أبى طالب فى نكاح خديجة . أو قول عم ، أو نحوها . والايجاز أولى ، وتكره التهنئة بالرفاء والبنين ، إذ هي للجاهلية ، بل باليمن والبركة لأمره ﷺ .

« الحمد لله الذى جعل لنا بلداً حراماً وبيتاً محجوجاً ، وجعلنا سدنته . وهذا محمد قد علمتم مكانه من العقل والنبل ، وإن فى المال فلالفلا ، إن المال ظل زائل ، ووديعة مسترجعة — أو قال : عارية مستردة — وما أردتم من المال فعلى ، وله فى خديجة بنت خويلد رغبة ، ولها فيه مثل ذلك » وفى رواية أنه قال « الحمد لله الذى جعلنا من ذرية ابراهيم ، وزرع إسماعيل ، وضئضئ معد ، وعنصر مضر ، وجعلنا حضنة بيته ، وسواس حرمه ، وجعل لنا بيتاً محجوجاً وحرماً آمناً ، وجعلنا الحكام على الناس . ثم إن ابن أخي هذا محمد بن عبد الله ، من لا يوزن به فتى من قريش إلا رجح به ، وهو والله بعد هذا له نبأ عظيم ، وخطر جليل » اه . (تنبيه) : الصحيح عند أهل النقل أن الذى زوج رسول الله ﷺ خديجة بنت خويلد هو عمها عمرو بن أسد ، فأما الرواية أن أباها الذى زوجها إياه فغير صحيحة ، لأن أباها مات قبل ذلك . وكذلك ما يروى أن الذى زوجها إياه ابن عمها ورقة بن نوفل لاصحة له ، والله أعلم . وروى عن ابن عمر أنه قال يقول الولى : « بسم الله والحمد لله ، والصلاة والسلام على رسوله ، أنكحتك على ما أمر الله به من إمساك بمعروف أو تسريح باحسان » ويقول الزوج « بسم الله والحمد لله والصلاة والسلام على رسوله ، أوصيكم بتقوى الله ، قبلت نكاحها منك » . وروى عن بعض الناس كلمات أخر ذكرها فى الانتصار . والله أعلم .

(قوله) « وتكره التهنئة بالرفاء والبنين . . . إلخ » . عن الحسن قال : « تزوج عقيل ابن أبى طالب امرأة من بنى جشم ، فقالوا له : بالرفاء والبنين ، فقال : قولوا كما قال رسول الله ﷺ : بارك الله فيكم ، وبارك لكم » أخرجه النسائى . وعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ كان إذا رفى الانسان إذا تزوج قال : بارك الله وبارك عليك ، وجمع بينكما فى خير » أخرجه أبو داود والترمذى . وروى أن النبى ﷺ حين بنى على بفاطمة دخل عليهما وهما مضطجعان ، فجلس عند رؤسهما وقال : « بارك الله لكما ، وبارك عليكما ، وجمع بينكما فى خير ، وأخرج منكما كثيراً طيباً » .

فصل فى خواصه صلى الله عليه وآله وسلم المتعلقة بالنكاح وغيره

«مسألة» وخص ﷺ بوجوب السواك والأضحية والوتر، لقوله ﷺ : « ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم » وقيام الليل لقوله تعالى : (قم الليل) : ولم تجب على غيره . قلت : فيه بُعْدٌ (عا) بل وجب ثم جعل تطوعا ، وقيل : فرض قبل أن تفرض الخمس ، ثم جعل تطوعا (بعض) كان قيام الثلث فريضة حولا ، ثم نسخ . وخص ﷺ بوجوب القتال بعد لبس لأمته . لقوله ﷺ : « ما كان لنبي » الخبر . ووجوب التهجد لقوله تعالى : (فتهجد به) . قلت : وفيه

فصل فى خواصه صلى الله عليه وآله وسلم

(قوله) « كتبت على ولم تكتب عليكم » روى عن النبي ﷺ أنه قال : « ثلاث كتبت على ولم تكتب عليكم : السواك والأضحية والوتر » قال فى التلخيص مالفظه : لم أجده هكذا ، والمختص بالأضحية يؤخذ من الحديث الذى قبله ، من طرق فيها ذكر الاضحية والنحر ونحو ذلك ، وأما الوتر والسواك فسيأتى فى الحديث الذى بعده . اهـ . قلت : أراد بالحديث الذى قبله نحو ما رواه أبو يعلى من طريق جابر « كتب على النحر ولم يكتب عليكم » الحديث ونحوها من طريق عكرمة : « ثلاث هن على فرائض ولكم تطوع : النحر والوتر وركعتا الضحى » . قال : ورواه الحاكم وابن عدى من هذا الوجه ولفظه : « الأضحى » بدل النحر ، وركعتا الفجر ، بدل الضحى . ثم ذكر مافى الحديث إلى أن قال : فتلخص ضعف هذا الحديث من جميع طرقه . اهـ . وأراد بالحديث الذى بعده ما روته عائشة أن النبي ﷺ قال : « ثلاث هن على فريضة ولكم سنة ، الوتر والسواك وقيام الليل » نسبه إلى الطبرانى والبيهقى ، وقال : إنه ضعيف جدا ، وفى حديث آخر عوض السواك صلاة الضحى ، حكى ذلك فى الانتصار .

(قوله) « ما كان لنبي » الخبر . ذكر فى السيرة فى حديث وقعة أحد أن النبي ﷺ استشار الناس فى الخروج إلى أحد ، فأشار أكثرهم بالوقوف فى المدينة وقالوا : ماخرجنا من المدينة إلا نال منا عدونا ، ولاوقفنا فيها إلا نلنا من عدونا . وأشارت طائفة منهم بالخروج ، فدخل النبي ﷺ فلبس لأمته ثم خرج إليهم ، وقد ندموا على ذلك ، فقالوا : افعل ما بدالك ، فقال : « ما كان لنبي إذا لبس لأمة حربه أن ينزعها حتى يقاتل » هذا حاصل المقصود من القصة ها هنا ، وهى معروفة .

(قوله) « ووجوب التهجد » . عن المغيرة قال : « قام النبي ﷺ حتى تورمت قدماه ، فقيل له : قد غفر الله لك ما تقدم من ذنبك وما تأخر . قال : أفلا أكون عبدا شكورا »

نظر ، لقوله تعالى : (نافلةً لك) . ووجوب إنكار المنكر على أية حالٍ ، إذ سكوته ﷺ يوم الإباحة . وقدضمن له النصر . ووجوب المشاورة لقوله تعالى : (وشاورهم فى الأمر) . وقيل : ندباً لتطييب النفوس . ووجوب تخيير نسائه لقوله تعالى : (قل لأزواجك) الآية . ولما اخترنه ﷺ حرمت عليه الزيادة عليهن ، والتبدل مكافأة لهن (هب ح) ولم ينسخ (ش) بل نسخ . قلنا : لا دليل . وخُص ﷺ بتحريم الصدقة والزكاة تشريفا ، لما مر ، وتحريم تعلم الكتابة والشعر ، لقوله تعالى : (ولا تخطه بيمينك) (وما ينبغى له) تكميلا للاعجاز . وتحريم خائنة الأعين ، لقوله ﷺ : « ما كان لنبى أن تكون له خائنة الأعين » . وتحريم

هذه رواية البخارى ومسلم ، وللترمذى والنسائى نحوه . وفى ذلك أحاديث كثيرة ، لكن لا تصريح فى شىء منها بالوجوب . نعم ، قد تقدم ذكر وجوب قيام الليل فى حديث عائشة الذى ذكر فى التلخيص أنه ضعيف جدا . والله أعلم .

(قوله) « ووجوب تخيير نسائه » الخ ، فى حديث أخرجه مسلم من رواية جابر مالفظه «ثم نزلت هذه الآية (يا أيها النبى قل لأزواجك ــ حتى بلغ ــ للمحسنات منكن أجرا عظيما) . قال : فبدأ بعائشة فقال : يا عائشة ، إنى أريد أن أعرض عليك أمرا ، أحب ألا تعجلى فيه ، حتى تستشيرى أبا بكر . قالت: وما هو يا رسول الله ؟ فتلا عليها الآية . قالت : أفيك يا رسول الله استشير أبوى ؟ بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة ، وأسألك ألا تخبر امرأة من نسائك بالذى قلت لك . قال : لا تسألنى امرأة إلا أخبرتها ، لم يبعثنى الله معنتا ولا متعنتا ، ولكن بعثنى معلما مبشرا » وأخرج غير مسلم حديثا آخر نحوا من رواية عائشة . وقال فى إحدى رواياته : « ثم فعل أزواج النبى ﷺ مثل ما فعلت »

(قوله) « حرمت عليه الزيادة عليهن » الخ . يعنى قول الله تعالى (لا يحل لك النساء من بعد) الآية

(قوله) «قلنا : لا دليل » . قلت بل دليله على ذلك ما روته عائشة « أن رسول الله ﷺ ما مات حتى أحل له النساء » أخرجه الترمذى والنسائى . وفى رواية أخرى للنسائى : « حتى أحل له أن يتزوج من النساء ما شاء » .

(قوله) « ما كان لنبى أن تكون له خائنة الأعين » فى حديث أخرجه أبو داود والنسائى ، عن سعد بن أبى وقاص « أن عثمان بن عفان يوم ــ فتح مكة ــ جاء بابن أبى سرح إلى رسول الله ﷺ فقال : يا رسول الله بايع عبد الله . فرفع رأسه فنظر إليه ثلاثا ، كل ذلك يأبى ، فبايعه بعد ثلاث ، ثم أقبل على أصحابه فقال : أما كان فيكم رجل رشيد ، يقوم إلى هذا حين رآنى كففت

مدّ عينيه إلى زخرف الدنيا ، للآية ، وفعله ﷺ . وتحريم من كرهت صحبته ، لتسريحه المستعيذة منه . وتحريم ذوات الريح الكريهة كالثوم ، لقوله ﷺ : « لا آكل هذه البقلة » . وقيل تنزها فقط . وتحريم نكاح الأمة ، إذ لا يخشى العنت « مسألة » وخص بإباحة الجمع بين أربع عشرة . وتوفى ﷺ عن تسع . ووجوب التنحى له ﷺ عمن أعجبته ،

يدى عن بيعته فيقتله ؟ فقالوا : ما ندرى يا رسول الله ما فى نفسك ، ألا أومأت إلينا بعينيك ؟ قال : إنه لاينبغي لنبى أن تكون له خائنة الأعين » هكذا فى رواية أبى داود . وفى ذلك حديث آخر فى غزوة حنين

(قوله) « للآية وفعله ﷺ » أما الآية فقوله تعالى : (لا تمدن عينيك) الآية . وأما فعله ﷺ فروى عنه ﷺ « أنه مرت عليه إبل عظيمة ، فغطى عينيه لئلا يراها ، فقيل له فى ذلك ، فقال : إن الله نهانى عن ذلك بقوله (لا تمدن عينيك إلى ما متعنا به أزواجاً منهم زهرة الحياة الدنيا) الآية . . حكى ذلك فى الانتصار وغيره بألفاظ متقاربة .

(قوله) « وتسريحه المستعيذة منه » عن عائشة أن ابنة الجون لما دخلت على رسول الله ﷺ قالت : أعوذ بالله منك ، فقال لها : لقد عذت بمعاذ ، ألحقى بأهلك » هكذا أخرجه البخارى ، وفى معناه أحاديث أخر . وأما ما يروى « أن نساء النبى ﷺ لقنها ذلك » فلا يصح . والله أعلم . وفى التلخيص ما لفظه : « قال ابن الصلاح فى مشكله : هذا الحديث أصله فى البخارى من حديث أسيد الساعدى دون ما فيه « أن نساءه علمنها ذلك » قال : وهذه الزيادة باطلة . وقد رواها ابن سعد فى الطبقات بسند ضعيف . اهـ . ثم ذكر فى ذلك حديثاً أخرجه الحاكم ، وفيه « أن عائشة وحفصة قالتا لها : إن رسول الله ﷺ يعجبه من المرأة إذا دخلت عليه ، أن تقول : أعوذ بالله منك . . » الحديث وضعفه » .

(قوله) « لا آكل هذه البقلة » روى عن النبى ﷺ أنه قال : « إنى رجل أناجي ، وإنى لا آكل هذه البقلة » هكذا روى . وعن أم أيوب « أن النبى ﷺ نزل عليهم فتكلفوا لهم طعاما فيه بعض البقول ، فكره أكله ، فقال لأصحابه : كلوا فانى لست كأحدكم ، إنى أخاف أن أوذى صاحبى » أخرجه الترمذى وفى ذلك أحاديث أخر ، لكن قد أخرج أبو داود عن عائشة « أن آخر طعام أكله رسول الله ﷺ كان فيه البصل »

(قوله) الجمع بين أربع عشرة وتوفى عن سبع » . قلت : الذى ورد فى الأحاديث المعتبرة : أن أزواجه المدخولات إحدى عشرة ، فمات فى حياته اثنتان : خديجة بنت خويلد ، ولم يتزوج عليها حتى ماتت ، وزينب بنت خزيمة . وتوفى ﷺ عن تسع ، وهن : سودة بنت زمعة ، وعائشة

كفعل زيد . و إباحة صوم الوصال لمامر فى الصيام . واستئثاره بطعام الغير وشرابه ، و إن خشى على مالكه التلف ، إذ هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم . وأخذ الصَّفِي كصفية ، و بذلك سميت . قلت :

بنت أبى بكر ، وحفصة بنت عمر ، وأم سلمة بنت أبى أمية ، وأم حبيبة بنت أبى سفيان ، وزينب بنت جحش الاسدية ، وجويرية بنت الحارث المصطلقية ، وميمونة بنت الحارث الهلالية ، وصفية بنت حي بن أخطب النضيرية . واختلف فى ريحانة بنت زيد القرظيـة ، فقيل : إنه أعتقهـا ثم تزوجها ، وقيل : أم ولد ، وماتت بعد عوده من حجة الوداع على الأصح . وأما غير المدخولات فنهن مختلف فيـه ، ومنهن متفق عليـه ، ولـكن لا يتحقق : كم اجتمع منهن مع المدخولات ؟ والله أعلم .

(قوله) « كفعل زيد» هو زيد بن حارثة مولى رسول الله ﷺ ، وكان رسول الله ﷺ زوجه ابنة عمته زينب بنت جحش المذكورة أولا ، ثم طلقها ، فتزوجها النبى ﷺ . قال فى الكشاف : وذلك أن رسول الله ﷺ أبصرها بعد ما أنـكحها إياه ، فوقعت فى نفسه ، فقال : سـبحان الله مقلب القلوب . وذلك أن نفسه كانت تجفو عنها قبل ذلك لا تريدها ، ولو أرادتها لخطبها ، وسمعت زينب بالتسبيحة فذكرتها لزيد ففطن ، وألقى الله فى نفسه كراهة صحبتها والرغبة عنها لرسول الله ﷺ . فقال لرسول الله ﷺ : إنى أريد أن أفارق صاحبتى ، فقال: مالك أرابك منها شيء ؟ قال : لا والله ما رأيت منها إلا خيرا ، ولـكنها تتعظم على لشرفها وتؤذينى ، فقال : أمسك عليك زوجك واتق الله . ثم طلقها بعد ، فلما اعتدت قال له رسول الله ﷺ : ما أجد أوثق فى نفسى منك ، اخطب على زينب . قال زيد : فانطلقت ، فاذا هى تخمر عجينتهـا ، فلما رأيتها عظمت فى صـدرى ، حتى ما أسـتطيع أن أنظر إليها حين علمت أن رسـول الله ﷺ ذكرها ، فوليتها ظهرى وقلت : يا زينب أبشرى ، إن رسول الله ﷺ يخطبك . ففرحت ، وقالت : ما أنا بصانعـة شيئاً حتى أؤامر ربى . فقامت إلى مسجدها ونزل القرآن (زوجناكها) فتزوجها رسول الله ﷺ ، ودخل بها ، وما أولم على امرأة من نسائه ما أولم عليها : ذبح شاة ، وأطعم النـاس الخبز واللحم حتى امتد النهار » اهـ بلفظه . وستأتى رواية أهل الحديث فى ذلك إن شاء الله تعالى

(قوله) « وأخذ الصفى كصفية » عن عائشة أنها قالت : كانت صفية من الصـفى » أخرجه أبو داود . وعن قتادة قال : « كان رسول الله إذا ﷺ غزا بنفسـه كان له سهم صفى يأخذه من حيث شاء ، فـكانت صفية من ذلك السهم . وكان إذا لم يغز بنفسه ضرب له بسهم ولم يختر » أجرخه أبو داود . وعن أنس قال : « قدم رسول الله ﷺ خيبر ، فلما فتح الله عليه الحصن ، ذكر له جمال صفية بنت حي بن أخطب ــ قد قتل زوجها وكانت عروسا ــ فاصطفاها رسول الله

وللامام أيضا . ودخول مكة من غير إحرام كما مر . وأن يحمى لنفسه ، إذ فعل ﷺ لا غيره ، إلا لإبل الصدقة . وأبيحت له الغنيمة،وكانت الأنبياء يحرقونها . وجعلت له الأرض مسجدا وطهورا . والنكاح من غير مهر ، لقوله تعالى : (إن وهبت نفسها للنبي . .) (ش) بل بلفظ الهبة . لنا ماسيأتى .وأبيح له الفيء ، وهوما أخذ من غير إيجاف . وخمس الغنائم . واختص ببقاء معجزته ،

ﷺ لنفسه » . هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الموطأ والترمذى . وفى إحدى رواياته ما لفظه « ووقعت فى سهم دحية جارية جميلة فاشتراها رسول الله ﷺ بسبعة اروش ، ثم دفعها إلى أم سليم تصنعها وتهيئها . قال : فأحسبه قال : وتعتد فى بيتها ــ وهى صفية بنت حيي » . وفى رواية أخرى قال : « صارت صفية لدحية فى مقسمه ؛ وجعلوا يمدحونها عند رسول الله ﷺ ويقولون ما رأينا فى النساء مثلها . قال : فبعث إلى دحية فأعطاه بها ما أراد ، ثم دفعها إلى أمى فقال : أصلحيها » وفى ذلك روايات أخر .

(قوله) « كما مر » يعنى فى كتاب الحج .

(قوله) « أن يحمى لنفسه » إلخ ، تقدم . لكنه لا تصريح فيه بأنه حمى لنفسه . وفى التلخيص ما لفظه : أما حماه لنفسه فلم أره فى شيء من الأحاديث .

(قوله) « وأبيحت له الغنيمة » إلى قوله « وطهورا » عن جابر قال قال رسول الله ﷺ « أعطيت خمسا لم يعطهن أحد قبلى : كان النبي يبعث إلى قومه خاصة وبعثت إلى كل أحمر وأسود . وأحلت لى الغنائم ولم تحل لأحد قبلى . وجعلت لى الأرض طهورا ومسجدا، فأيما رجل أدركته الصلاة صلى حيث كان . ونصرت بالرعب على العدو بين يدى مسيرة شهر . وأعطيت الشفاعة » هذه إحدى روايات البخارى ومسلم . وعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لم تحل الغنائم لأحد سود الرؤس من قبلكم ، إنما كانت تنزل نار من السماء فتأكلها » هذا طرف من حديث أخرجه الترمذى . وأخرج البخارى ومسلم حديثاً آخر يتضمن نحوه .

(قوله) «والنكاح من غير مهر »فى حديث أخرجه النسائى عن أم شريك « أنها ممن وهبت نفسها للنبى ﷺ » قال ابن الأثير : هى أم شريك الأزدية ، واسمها غزية ــ بضم الغين المعجمة ، ثم زاى معجمة مفتوحة ، ثم ياء مشددة مثناة من تحت ، ثم هاء ــ بنت جابر بن حكيم . طلقها قبل أن يدخل بها ، قال وهى التى وهبت نفسها للنبى ﷺ . وذكر أيضا : أن خولة بنت حكيم بن أمية وهبت نفسها للنبى ﷺ ، فزوجها عثمان بن مظعون . قلت : وروى غيره أن أم كلثوم بنت عقبة بن أبى معيط وهبت نفسها للنبى ﷺ ، فزوجها زيد بن حارثة . والله أعلم .

وتحريم أزواجه المدخولات ، لاغير المدخولة كالكلابية ، فإنها نكحت عكرمة بن أبي جهل. وقيل غيره . وَهَم (٢) برجمها حتى قيل لم يدخل بها ﷺ فكف . (عش) تحرم غير المدخولة أيضا . لنا ما مر . وخُص بتفضيل نسائه لقوله تعالى (لستن كأحد من النساء) (بعصش) وخص بجواز النكاح من غير ولى ولا شهود . كفعله ﷺ في أم سلمة ، قلنا : الا بن ولى عند نا .

(قوله) «لا غير المدخولة كالكلابية »الخ . قال ابن الأثير : الكلابية اختلف فى اسمها ، وهى العامرية . قال الزهرى : تزوج النبى ﷺ فاطمة بنت الضحاك فاستعاذت منه ، فطلقها ، فكانت تقول : أنا الشقية .وتزوجها فى ذى العقدة سنة ثمان ، ولم يدخل بها . وماتت سنة ستين ، وروى غير ذلك . قلت : وقد تقدم أن المستعيذةهى ابنة الجون ، وهى من كندة . وقيل : إن المستعيذة مليكة بنت كعب الليثى . والله أعلم .

(قوله) «فانها نكحت عكرمة بن أبي جهل . وقيل : غيره » الخ . قلت : الذى ذكره ابن الأثير : أن الأشعث بن قيس الكندى زوج النبى ﷺ أخته قتيلة بنت قيس ، ثم انصرف إلى حضرموت لحملها إليه ، فبلغه وفاة النبى ﷺ فردها إلى بلاده وارتد عن الاسلام ، فارتدت معه ، ثم اسلما بعد ذلك ، ثم تزوجها بعد ذلك عكرمة بن أبي جهل : فوجد أبو بكر الصديق من ذلك وجدا شديدا ، فقال له عمر بن الخطاب : والله ما هى من أزواجه - يعنى النبى ﷺ ولقد برأها الله منه بارتدادها . قال : وكان عروة ينكر أن يكون تزوجها النبى ﷺ . اهـ . وهذه الرواية تخالف ما فى الكتاب من أنها الكلابية ، ومن أن عمر هم برجها ، وغير ذلك والله أعلم . وفى التلخيص ما لفظه « حديث الأشعث بن قيس أنه نكح المستعيذة فى زمان عمر فأمر برجمها ، فأخبر أن النبى فارقها قبل أن يمسكها فخلاها » هذا الحديث تبع فى إيراده هكذا الماوردى ، والغزالى ، وإمام الحرمين ، والقاضى الحسين ، ولا أصل له فى كتب الحديث اهـ .

(قوله) « كفعله ﷺ فى أم سلمة» . قلت : الأظهر الاستدلال بفعله فى زينب بنت جحش ، وذلك بما أخرجه مسلم وغيره عن أنس قال : « لما انقضت عدة زينب قال رسول الله ﷺ لزيد : اذهب فاذكرها على . قال : فانطلق زيد حتى أتاها وهى تخمر عجينتها — وذكر نحو ما تقدم إلى أن قال — ونزل القرآن ، وجاء رسول الله ﷺ فدخل عليها بغير إذن» اهـ . وفى حديث أخرجه البخارى وغيره عن أنس ما لفظه «وكانت تفخر على أزواج النبى ﷺ وتقول: زوجكن أهاليكن وزوجنى الله من فوق سبع سماوات » اهـ . وأما أم سلمة ففيها أخرجه النسائى عنها «أنها لما انقضت عدتها بعث إليها أبو بكر يخطبها فلم تزوجه ، فبعث رسول الله ﷺ

فصل

(وشروط النكاح ستة)

الأول : العقد إجماعا . ويصح بلفظ التزويج والنكاح إجماعا ، لقوله تعالى : (زوجنا كها) (فانكحوا) (حص ه) وبكل لفظ تمليك كالصدقة والنذر ونحوهما لقوله تعالى : (إن وهبت نفسها للنبي ..) ، إلا لفظ الاباحة والعارية ونحوهما (هب) وإلا الاجارة ، إذ لا تقتضي تمليكا مؤبدا (عح) ينعقد بها ، إذ هي لتمليك المنافع . قلنا : غير مؤبد (هر طاعه يب ش مد) لاينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج لقوله تعالى في الهبة (خالصة لك) قلنا : أراد من دون مهر ، إذ الهبة تقتضي عدم العوض ، ولابد في الهبة من الولى لقوله تعالى (أن يستنكحها) . (ك) إن ذكر المهر مع ألفاظ التمليك انعقد بها ، وإلا فلا . قلنا : المهر مغاير العقد ، ولادليل على اشتراط ذكره . (مسألة) وهو إيجاب . كزوجتك فلانة ، وقبول في المجلس قبل الأعراض كتزوجت أو قبلت . (ى) ويكره أن يقول : «على كتاب الله وسنة نبيه » لايهام جعلهما مهرا ، والفصل بين الايجاب والقبول (ي) فان قال:قبلت، ولم يقل نكاح فلانة صح عندنا ، إذ هو كالمنطوق ، وكبعتك داري بألف ، فقال قبلت، ولا (صش) قولان « فرع» (ي ه ح محمد) ولا يصح القبول في غير المجلس (ف) يصح في مجلس العلم ، كزوجت ابنتي فلانا ، فقبل الفلان حين علم ، إذ مجلس العلم كمجلس العقد. قلنا : لا، كالبيع والاجارة . (مسألة) (ىحص) فإن قال لغيره : زوّجت ابنتك من فلان ، فقال : نعم . وقال الزوج : قبلت نكاحها . لم ينعقد بلا خلاف . قلت : يعني إذا أضاف إلى نفسه لم تكن نعم إجازة هنا ، فإن قال الزوج : زوجني ابنتك ، فقال : زوجت ، صح العقد ، لقوله ﷺ لمن طلب أن يزوجه الواهبة نفسها فامتنع : « زوجتكها » ولم يأمره بالقبول ، لقيام السؤال مقامه .

عمر بن الخطاب يخطبها عليه . فقالت : أخبر رسول الله ﷺ أني امرأة غيرى ، وأني امرأة مصبية ، وليس أحد من أوليائي شاهد . فأتى رسول الله ﷺ فذكر ذلك له ، فقال : ارجع إليها فقل لها : أما قولك إني امرأة غيرى فسأدعو الله أن يذهب غيرتك ، واما قولك إني امرأة مصبية فستكفين صبيانك ، وأما قولك ليس أحد من أوليائي شاهد ، فليس أحد من أوليائك شاهد ولاغائب يكره ذلك . فقالت لابنها : ياعمر ، قم فزوج إلى رسول الله ﷺ » اه . قلت : ولا دلالة في هذا على أن نكاحها وقع بغير ولى ولا شهود كما زعم القائل ، أما عندنا فلأن الابن ولى مطلقاً ، وأما عند الشافعي فاذا كان ابن ابن عم ، وهو هنا كذلك . وأما الشهود فعدم ذكرهم في الحديث لا يدل على عدم حضورهم عند العقد . والله أعلم

فصل . وشروط النكاح . الخ

(قوله) « لقوله ﷺ » الخ عن سهل بن سعد قال «جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت:

(ى هب) فإن قال : زوجتك ابنتى فقال الزوج : نعم . صح ، قلت : فيه نظر ولاً (صش) قولان ؛ فإن قال : أتزوجنى ابنتك ؟ فقال : زوجتك . لم ينعقد حتى يقبل الزوج ، ولو قال : تزوج ابنتى ، فقال : قبلت . انعقد لما مر . «مسألة» و يشترط تناوله كلها أو بعضها إذ هو المقصود ، فلو استثناه أو بعضه أفسد . «مسألة» و ينعقد بالعجمية ممن لايحسن العربية ، وممن يحسنها وجهان : ينعقد إذا لقصد الافهام . ولا ، لقوله ﷺ « استحللتم فروجهن بكلمة الله» وكلمة الله هى العربية . فإن شهد أعجميان والعقد عربى أو العكس ، فوجهان : (ي) أصحهما :لاينعقد ، إذ القصد بالاشهاد معرفتهما العقد . «مسألة» ولا يتخلل بين الايجاب والقبول رجوع ، ولا ما يعد إعراضا ، كسكوت طويل ، لاقصير ، ولو تخلل زوال عقل أحدهما فأفاق ثم أوجب أو قبل لم يصح ، بل يستأنف .

يا رسول الله جئت لأهب نفسى لك . فنظر إليها رسول الله ﷺ ، فصعد النظر فيها وصوبه ، ثم طأطأ رسول الله ﷺ رأسه ، فلما رأت المرأة أنه لم يقض فيها شيئاً جلست . فقام رجل من أصحابه فقال يارسول الله إن لم يكن لك بها حاجة فزوجنيها . فقال : هل عندك من شىء ؟ فقال : لا والله يارسول الله ، فقال : اذهب إلى أهلك فانظر هل تجد شيئاً ، فذهب ثم رجع فقال : لا والله ما وجدت شيئاً ، فقال رسول الله ﷺ : انظر ولو خاتماً من حديد ، فذهب ثم رجع فقال : لا والله يارسول الله ، ولا خاتماً من حديد ، ولكن هذا إزارى — قال سهل : ماله رداء — فلها نصفه .فقال رسول الله ﷺ : ماتصنع بازارك ؟ إن لبسته لم يكن عليها منه شىء ، وإن لبسته لم يكن عليك منه شىء ! ! فجلس الرجل حتى إذا طال مجلسه قام ، فرآه رسول الله ﷺ موليا ظهره ، فأمر به فدعى ، فلما جاء قال : ماذا معك من القرآن ؟ قال : معى سورة كذا وسورة كذا ... عددها . قال : تقرؤهن عن ظهر قلبك ؟ قال : نعم . قال : اذهب فقد ملكتكها بما معك من القرآن » . وفى رواية « انطلق فقد زوجتكها فعلمها من القرآن » أخرجه الستة بروايات عدة . وأخرج أبو داود أيضاً مختصراً من رواية أبى هريرة ، وقال فيه « فعلمها عشرين آية وهى امرأتك » .

(قوله) « استحللتم فروجهن بكلمة الله » فى حديث حجة الوداع ما لفظه « فاتقوا الله فى النساء فانكم أخذتموهن بأمان الله ، واستحللتم فروجهن بكلمة الله ، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحداً تكرهونه ، فان فعلن فاضربوهن ضرباً غير مبرح ، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف » اه . وعن عمرو بن الأحوص أنه سمع النبى ﷺ فى حجة الوداع يقول : « ألا واستوصوا بالنساء خيراً ، فانما هن عوان عندكم ، ليس تملكون منهن شيئاً » إلى غير ذلك . هذا طرف من حديث أخرجه الترمذى .

وكذا لو أغمى على الزوجة وقد روضيت بطل إذنها . و إذا كان أحدهما وكيلا لزمته الإضافة، بخلاف البيع ، إذ النكاح لا يفيد نقل الملك إلى الغير ، بخلاف البيع . ولا خيار فى الزوجة إلا لعيب ، إذ موضوعه على القطع . ولا ينعقد بالكناية كالايواء والربط والسكون ، إذ يفتقر إلى النية ، والشاهد لا يطلع عليها . «مسألة» ولا يصح تعليقه بمستقبل ، نحو إن ولدت امرأتى بنتا فقد زوجتكها (ى) أو إن كانت قد انقضت عدتها، ولو انكشف انقضاؤها. قلت: فيه نظر ، لصحة مثله فى سائر العقود ، إلا أن تختص العدة بقوله : (ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) فلا يصح مع الشك فى مضيها . قلت : الأقرب أن كل شرط مستقبل إن جيء به بلفظ العقد ، نحو : على أن تطلق فلانة ، أو على أن لا تسكن بلدَ كذا ، صح العقد ويلغو الشرط ، إن لم يكن غرضا ، فإن كان ولم يف به وفيت مهر المثل . وإن جيء به بلفظ الشرط نحو : إن طلقت فلانة ، أو إن لم تفعل كذا فقد زوجتك — فسد به العقد ، إلا أن يكون حاليا نحو : إن كنت ابن فلان . « مسألة » (يه ح ك) ويصح موقوفا حقيقة ومجازاً ، لتقريره ﷺ إجازة التى خيرها ، ولإجازته عقد النجاشى له بأم حبيبة ، وتقرير على عليه السلام عقد العبد بقول سيده

(قوله) «لتقريره ﷺ إجازة التى خيرها» عن عائشة «أن فتاة دخلت عليها فقالت : إن أبى زوجنى من ابن اخيه ليرفع بى خسيسته وأنا كارهة . قالت : اجلسى حتى يأتى رسول الله ﷺ فجاء رسول الله ﷺ فأخبرته ، فأرسل إلى أبيها فدعاه ، فجعل الأمر إليها ، فقالت : يارسول الله قد أجزت ما صنع أبى ، ولكن أردت أن اعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء » وفى رواية ، « أردت أن أعلم أن للنساء من الأمر شيئاً » أخرجه النسائى .

(قوله) « ولاجازته ﷺ عقد النجاشى له بأم حبيبة » الذى فى الجامع فى رواية أبى داود « أن أم حبيبة كانت تحت عبدالله بن جحش فمات بأرض الحبشة ، فزوجها النجاشى النبى ﷺ وأمهرها عنه أربعة آلاف ، وبعث بها إلى رسول الله ﷺ مع شرحبيل بن حسنة » اه . وله وللنسائى روايات أخر ، ولم يذكر فى الجامع ما يروى ان الذى عقد بها لرسول الله ﷺ خالد بن سعيد بن العاص ، ولا أنه عثمان بن عفان ، ولا أن النبى ﷺ وكل بقبول العقد عليها عمرو بن أمية الضمرى ، والله أعلم . ﴿تنبيه﴾ : الذى ذكر فى هذا الحديث فى هذا الموضع من الجامع « أن أم حبيبة كانت تحت عبد الله بن جحش ، وأنه مات بأرض الحبشة ، فزوجها النجاشى رسول الله ﷺ » وهو سهو ظاهر ، والصواب ما ذكره فى المجلد الخامس من الجامع فى الأسماء: أنها كانت تحت عبيدالله بن جحش ، وأنه تنصر بأرض الحبشة ، وبقيت هى على الاسلام ففارقته ، فزوجها النجاشى النبى ﷺ . وأما عبد الله بن جحش فقتل شهيداً يوم أحد وليس بزوج لها .

(قوله) « وتقرير على عليه السلام » الخ . روى عن على عليه السلام « أن رجلا أتاه

له طلق ، وكشرط الخيار فى البيع (ن ش) لا ، لقوله ﷺ «أيما امرأة نكحت بغير إذن » الخبر قلنا : إجازته كاذنه . وتصح الاجازة بالقول والفعل كما سيأتى ، وطلب المتولى المهر إجازة كطلب الثمن . « مسألة » والشغار جعل بضع كل واحدة من الزوجتين مهراً للأخرى ، من شغر الكلب برجله أى رفعها ليبول. لارتفاع عقده عن المهر . أو من نهر شاغر عن البلد ، أى بعيد ، لبعد عقده عن الشرع. وهو منهى عنه إجماعا ، لقوله ﷺ «لاشغار فى الاسلام» ونحوه. وصورته: زوجتك فلانة على أن تزوجنى فلانة ، و بضع كل واحدة منهما مهر للاخرى (م) فلو اقتصر على أن تزوجنى فلانة صح . إذ لم يذكر وجه الفساد . (فرع) و إن قال : على أن بضع كل واحدة منهما ومائة درهم مهر للاخرى ، فقولان(لم بالله) ، شغار لذكره وجهه ، ولا ، لذكره غير البضع مهرا. فان قال : على أن تزوجنى فلانة ومهر كل واحدة منهما مائة درهم صح النكاح وفسدت التسمية ، كعلى مائة وتطليق فلانة وكعلى أن تبيع دارك منى، و يكون ذلك صداقا لبنتى. (فرع) فإن قال : و يكون بضع ابنتك مهرا بنتى، صح نكاح الأولى لا الثانية ، والعكس فى العكس . فإن قال : زوجتك جاريتى على أن تزوجنى ابنتك ، وتكون رقبة الجارية مهرا لابنتك ، صح النكاحان وفسدت تسمية مهر الجارية ، لما مر . ولو جعل مهر البنت مهر الجارية أو رقبتها صح . ومن زوج عبده حرة وجعله مهرها لم يصحا ، والوجه ظاهر. « مسألة» (ه ش ك) وعقد الشغار باطل للنهى (م ط) ووجه فساده استثناء البضع إذ صار ملكا

بعبد له فقال : إن عبدى تزوج بغير إذنى . فقال له على عليه السلام : فرق بينهما . فقال السيد لعبده : طلقها ياعدو الله . فقال على عليه السلام للسيد : قد أجزت النكاح ، فان شئت أيها العبد فطلق و إن شئت فأمسك» هكذا حكاه فى المجموع وغيره .

(قوله) « أيما امرأة نكحت » . . إلخ . عن عائشة ان رسول الله ﷺ قال « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل ، فان دخل بها فالمهر لها بما استحل من فرجها ، فان اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى لها » هكذا فى رواية أبى داود . وفى رواية الترمذى « فنكاحها باطل ، فنكاحها باطل » مرتين فقط .

(قوله) « لاشغار فى الاسلام » ونحوه . عن ابن عمر : أن رسول الله ﷺ قال : « لاشغار فى الاسلام » هكذا فى رواية لمسلم ، وفى رواية له وللبخارى وغيرهما « أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار ــ وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته الرجل على أن يزوجه ابنته او أخته ، وليس بينهما صداق » وفى ذلك أحاديث أخر .

للأخرى (صش) بل التشريك فيه بين الزوج والتى جعل مهراً لها ، فصارا كالزوجين ، و إليه أشار أبو طالب .(ك) بل الخلو العقد عن المهر (ى) بل مجموعهما (هرشح) بل يصح و يلغو الشرط لقوله تعالى : (فانكحوا) ولم يفصل . قلنا : النهى اقتضى قبحه فلا صحة . قالوا : الشغار رفع المهر عن العقد فيصح كما لو لم يُسَمَّ . قلنا : النهى فرق بينهما .قالوا : كلو سمى خمرا.قلنا : لم يقتض استثناء البضع ولا التشريك فيه . «مسألة»(الأكثر)ويحرم نكاح المتعة ، وهو المؤقت لنهيه ﷺ وعلى عليه السلام عنه (ع ناصا ابن جُرَيْج إمامية) يجوز لقوله تعالى (فما استمتعتم به منهن) وفسره (ع) بالمتعة قلنا : أراد النكاح ، جمعاً بين الأدلة (فر) يصح العقد و يلغو التوقيت ، لقوله : «كل شرط» الخبر (ابن زياد) إن شرطا مدة لا يعيشان إليها ،صح ، إذا لقصد الدوام. لنا نهى ﷺ عنه ، وصرح

(قوله) « لنهيه ﷺ وعلى عليه السلام عنه » . عن سلمة بن الأكوع قال : « رخص لنا رسول الله ﷺ عام أوطاس فى المتعة ثلاثا ، ثم نهى عنها » هذه رواية مسلم . وعن سبرة ابن معبد قال : «أمرنا رسول الله ﷺ بالمتعة عام الفتح حين دخلنا مكة ، ثم لم يخرج حتى نهانا عنه » وفى رواية فقال : « أيها الناس ، إنى قد كنت أذنت لكم فى الاستمتاع من النساء ، وإن الله قد حرم ذلك إلى يوم القيامة ، فمن كان عنده منهن شىء فليخل سبيلها ، ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً » . وفى الحديث روايات أخر ، وفى بعضها قصة . وأخرجه مسلم وأبو داود والنسائى . وعن محمد بن الحنفية أن عليا عليه السلام قال لابن عباس «إن رسول الله ﷺ نهى عن متعة النساء يوم خيبر ، وعن أكل لحوم الحمر الانسية » أخرجه الستة إلا أبا داود . وعن ابن عباس قال : « انما كانت المتعة فى أول الاسلام ، كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم ، فتحفظ متاعه وتصلح له شأنه ، حتى إذا نزلت الآية (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) قال ابن عباس : فكل فرج سواهما فهو حرام » أخرجه الترمذى ، وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « كل شرط » . الخبر . فى حديث بريرة الذى أخرجه الستة مالفظه : « ثم قام رسول الله ﷺ فقال: مابال الناس يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله ؟ من اشترط شرطاً ليس فى كتاب الله فليس له ، وإن اشترط مائة شرط ، شرط الله أحق وأوثق . وفى رواية « مابال أقوام يشترطون شروطا ليست فى كتاب الله تعالى !! ما كان من شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل ، وإن كان مائة شرط ــ كتاب الله أحق ، و شرط الله أوثق وإنما الولاء لمن أعتق » وفيه روايات أخر تشتمل على زيادات .

بتحريمه بعد إباحته ، ورجع (ع) عن تحليله . قالوا إباحتها قطعية فلا تنسخ بالظنى (ى) بل ظنية .
قلت : وفيه نظر، إذ لم يسمع بمن أنكرها من الأصل «مسألة» وتحريمها ظنى لأجل الخلاف، وإن صح رجوع من أباحها لم تَصِرْ قطعية على خلاف بين الأصوليين (فرع) قيل ولا يعتبر فى المتعة من أجازها من أحكام النكاح إلا الاستبراء (أبو جعفر) بل يعتبر الولى والشهود . قلنا : أدلتهم وفعلهم يقتضى عدم اعتبارهما

(الثانى) تعيينها بإشارة أو وصف أو لقب ، أو بنتى ، ولا غيرها ، أو المتواطأ عليها ، ليرتفع الشجار ويأمن التحريم . فان فى التعريفان حكم بالأقوى : الاشارة ثم الوصف ، ثم اللقب . ولا بد من ارتفاع الموانع عنها حال العقد .

(الثالث) : أن يكون العاقد وليا «مسألة» (على ٢ ع عو ها ــ ثم ــ بص يب ابن شبرمة لى ــثم ه مدحق ش) فلا يصح من دونه لقوله تعالى (فلا تعضلوهن) نزلت فى معقل، ولم يَتّه إلا وإليهم

(قوله) « ورجع ابن عباس عن تحليله » قد تقدم عنه ما أخرجه الترمذى . وروى عن سعيد بن جبير قال : « قلت لابن عباس : ما صنعت بنفسك ؟ أبحت للناس نـكاح المتعة فسار بها الركبان وقالوا فيها الشعر . فقال : وما قالوا ؟ قلت : قال الشاعر فيها :

أقول للشيخ لما طال مجلسه ** يا صاح ، هل لك فى قول ابن عباس
يا صاح ، هل لك فى بيضاء بهكنة ** تكون مثواك حتى مصدر الناس

فخرج ابن عباس وكشف رأسه وقال : من عرفنى فقد عرفنى ، ومن لم يعرفنى فأنا ابن عباس . إن المتعة حزام كالدم والميتة » وقد حكى فى التلخيص عن سعيد بن جبير روايتين نحو ما فى الكتاب ، دون قوله : « فخرج ابن عباس . إلخ » وإنما قال فى إحدى الروايتين : « فكرهها ونهى عنها » ، وقال فى الأخرى : « فقال : سبحان الله ، والله ما بهذا أفتيت، وما هى إلا كالميتة لا تحل إلا لمضطر » اهـ

(قوله) « نزلت فى معقل » إلخ . عن معقل بن يسار قال : « كانت لى أخت تخطب إلى وأمنعها من الناس ، فاتانى ابن عم لى ، فأنـكحتها إياه ، فاصطحبا ما شاء الله ثم طلقها طلاقاً له رجعة ، ثم تركها حتى انقضت عـدتها ، فلما خطبت إلى أتانى يخطبها مع الخطاب ، فقلت له : خطبت إلى فمنعتها الناس وآثرتك بها ، فزوجتك ، ثم طلقتها طلاقا له رجعة ، ثم تركتها حتى انقضت عدتها ، فلما خطبت إلى أتيتنى تخطبها مع الخطاب ! ! والله لا أنكحتكها أبداً . قال : ففى نزلت هذه الآية : (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) الآية . فكفرت عن يمينى وأنكحتها إياه » هذه رواية البخارى ، وله رواية أخرى ، ولأبى داود والترمذى نحو الأولى .

المنع . قلت : وفيه نظر . والأولى اعتماد قوله ﷺ «لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » ونحوه (ح) لايعتبر مطلقا ، لقوله ﷺ « الثيب أولى بنفسها من وليها ، ليس للولى مع الأيم أمر » قلنا أراد اعتبار رضاها جمعا بين الاخبار (فعى) له الخيار فى غير الكفء ويلزمه الإجازة فى الكفء للآية ، وقوله ﷺ «الثيب أولى بنفسها » فاعتبراه استحسانا . لما مر (ك) يعتبر فى الرفيعة فقط ، اعتباراً للغضاضة . قلنا : لم يفصل الدليل (الظاهرية) يعتبر فى البكر فقط لاستحيائها قلت : والظاهر حجة (ح) لنا ما مر (ثور) تنكح نفسها بإذن وليها لمفهوم قوله ﷺ « أيما امرأة » الخبر . لنا ما مر ، وقوله ﷺ « لاتنكح المرأةُ المرأة ، ولا المرأة نفسها »

(قوله) « لا نكاح إلا بولى وشاهدين » ونحوه . روى عن على عليه السلام أنه قال : « لا نكاح إلا بولى وشاهدين ، ليس بالدرهم ولا بالدرهمين ، ولا اليوم ولا اليومين ، شبه السفاح . ولا شرط فى نكاح » هكذا حكاه فى المجموع وغيره موقوفاً على على عليه السلام ، وفى التلخيص ما لفظه : حديث عمران بن حصين : «لا نكاح إلى بولى وشاهدى عدل » رواه أحمد والدارقطنى والبيهقى فى العلل من حديث الحسن عنه ، وفى إسناده عبد الله بن محرز وهو متروك ، ورواه النسائى من وجه آخر عن الحسن مرسلا ، وقال : هذا وإن كان منقطعا فان أكثر أهل العلم يقول به . اهـ . وفى الجامع عن أبى موسى(1) أن رسول الله ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولى » أخرجه أبو داود والترمذى ، وليس فيه قوله : وشاهدى عدل ، والله أعلم . وعن ابن عباس أن النبى ﷺ قال : «البغايا اللاتى ينكحن أنفسهن بغير بينة » أخرجه الترمذى ، وقال : وقد روى موقوفاً وهو الصحيح . اهـ

(قوله) « الثيب أولى بنفسها من وليها » لفظه فى الجامع : عن ابن عباس أن النبى ﷺ قال « الأيم أحق بنفسها من وليها ، والبكر تستأذن فى نفسها وإذنها صماتها » وفى رواية نحوه قال : « والبكر يستأذنها أبوها فى نفسها ، وإذنها صماتها » قال : وربما قال : « وصمتها إقرارها » أخرجه مسلم والنسائى ، وأخرج الموطأ وأبو داود والترمذى الأولى فقط ، وفى رواية لأبى داود والنسائى أن النبى ﷺ قال : « ليس للولى مع الثيب أمر ، واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها » . وعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «لاتنكح الأيم حتى تستأمر ، ولا البكر حتى تستأذن . قالوا : يا رسول الله ، كيف إذنها ؟ قال . أن تسكت » . أخرجوه إلا الموطأ ــ بروايات متقاربة .

(قوله) « أيما امرأة » . الخبر تمامه : « نكحت بغير إذن وليها . إلخ » وقد تقدم .

(قوله) « لا تنكح المرأة المرأة . إلخ» حكى فى الشفاء عن أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه

---

(1) قوله : وفى الجامع . الخ الحديث ، ساقط من النسخة الأخرى .

ونحوه . « مسألة » (ه ع) وتصح إجازة الولى عقدها إذا لم تبرم بإجازته (م) لا ، لقوله ﷺ «لاتنكح المرأة نفسها» ونحوه . قلنا : لم تتبرم بفعلها«مسألة»(ع) وهبة الحرة تنصرف إلى النكاح لا الأمة، فإلى الملك ، إلا لقرينة، والوجه ظاهر. فلو قال:هبينى أو أنكحينى ، ولم يقل نفسك، فقالت: وهبتك نفسى أو أنكحتكها ، لم ينعقد ، للاحتمال ، إلا لقرينة أنه أرادها . «مسألة» (م ى) ومن عقد بغير ولى أو شهود جهلا لم يعترضهما الحاكم مالم يترافعا، إذ هى خلافية. «مسألة» ويصح بالوكالة إجماعا كفعله ﷺ فى أم حبيبة وميمونة «مسألة» و يصح تفويض الوكيل يزوجها من شاء ، كما يصح من الأصل. وقيل لا ، إذ ليس كالأصل فى تحرى المصلحة . قلنا : قد رضى مارضيه . وفى تفويض وكيل الزوج وجهان : يصح لما مر، ولا، لاختلاف الاغراض ، و يصير فضوليا بالمخالفة .فإن تزوجها لنفسه كانت له ، فإن طلقها لم يتزوجها بالوكالة الأولى ، إذ قد بطلت بالمخالفة . «مسألة»(ى حص) و يصح كون الواحد عاقدا قابلا، إذ حقوق العقد لا تعلق فيه بالوكيل ، إذ هو معين بخلاف البيع (ن ش فر) لا ، لقوله ﷺ « كل نكاح لا يحضره أربعة» الخبر . قلنا : أراد أو من يقوم مقامهم ، و إلا لزمكم منع أن يزوج ابن

قال : « لا تزوج المرأة المرأة ، ولا المرأة نفسها » ونحوه فى التلخيص ، ونسبه إلى ابن ماجه والدارقطنى . وحكى عن عكرمة قال : « جمع الطريق ركبا فيهم امرأة ، فولت أمرها رجلا فزوجها وليس بولى ، فرفع ذلك إلى على عليه السلام ، فضرب الناكح والمنكوحة وفرق بينهما » ذكره فى التلخيص بنحوه ، ونسبه إلى الشافعى وغيره . وحكى فيه عن عائشة أن « النساء لا يعقدن » .

(قوله)« كفعله ﷺ فى أم حبيبة وميمونة » . حكى فى الشفاء « أن النبى ﷺ تزوج أم حبيبة رملة بنت أبى سفيان بتزويج خالد بن سعيد بن العاص ، وأبو سفيان كافر ، فلم يعتبر باذنه » . وحكى فيه أيضا « أن النبى ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمرى بأن يقبل له نكاح أم حبيبة بنت أبى سفيان ، وذهب إلى الحبشة ، فقبل له نكاحها » اه . وقد تقدم الكلام على ذلك والله أعلم . وحكى فى الشفاء أيضا «أن النبى ﷺ وكل أبا رافع ليقبل له نكاح ميمونة بنت الحرث الهلالية » . اه .

(قوله) « كل نكاح لا يحضره أربعة » الخبر . روى عن عائشة أن النبى ﷺ قال : « كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح : خاطب وولى وشاهدان » حكاه فى الشفاء ، ونسبه فى التلخيص إلى الدارقطنى من حديث عائشة بلفظ : « لا بد فى النكاح من أربعة : الولى والزوج والشاهدين » .

ابنه الصغير بنت ابنه الصغيرة ، و يقبل له ، وقد صححتموها . «مسألة» (ه ش) ولا يصح توكيل المرأة بإيجابه أو قبوله ، لقوله ﷺ « ولا تنكح المرأة المرأة » ونحوه (ح) توكيل فى عمل ، فجاز فيهما كغيرها . قلنا : منع هذا الدليل . ويصح توكيلها بالتوكيل اتفاقا . « مسألة » و يصحان بالكتابة والرسالة لقيامهما مقام منشئهما فى الشرع ، كَكُتُبه ﷺ ورسله (ى) فيقول فى كتابه : زوجت فلانا ابنتى وقبلت له ، ويجيز الزوج والمرسل كذلك ، و يجيز الزوج . ومن منع الموقوف وكون الواحد عاقدا قابلا ، منعهما ، و يكون الاشهاد عند الكتابة لا الاجازة فى الأصح ، إذ هو النكاح . قلت : بناه (ى) على أن الإنكاح يقع بالكتابة لا بقراءة الكتاب ، فاعتبر وقوع القبول فى مجلسها ، و إلا كان شطر العقد موقوفا ، وذلك لا يصح . وقد ذكر (السيد ح) مثل ذلك . والصحيح أن الإنكاح يقع بالقراءة ، وأن الكتابة قائمة مقام منشئها ، فكأنه ناطق فى مجلس المكتوب إليه ، والقبول يكون هناك ، إذ هو موضع العقد ، ولا فرق بين أن يكتب زوجنى أو زوجتك ، و إن قرأ الكتاب فأعرض ثم قبل ، أو أوجب لم ينعقد (ابن داعى) ولا يقرؤه إلا عند الشهود . إلا بطل ، لانقضاء كلام الكاتب (أبو مضر) بل هو كالمتكرر فلا يبطل مالم يُعرِض . قلت : وهو قوى (فرع) فتقام الشهادة عند المكتوب إليه إذ هو موضع العقد (فرع) وعلى الرسول حكاية لفظ المرسل بعينه (فرع) ويصح بالكتابة مع حضور المكتوب إليه ، إذ القلم أحد اللسانين ، لكن بشرط معرفة الشهود الكتابة « مسألة » (هب حص ك) و يصح عقد الولى الفاسق ولو تصريحا ، لعموم الأدلة (ش قين) لا ، إذ لا ولاية له ، فإن فعلا فسخ (ى) فلو عزل الحاكم الولى للفسق ، ثم عقد ، لم يصح إجماعا . ولا يصح تزويج الخنثى لالتباسها . «مسألة» (هب ش ح) ولو ضمن وكيل الزوج المهر ثم أنكر الأصل التوكيل ولا بينة ، فلا نكاح لأيهما ، ورجعت على الوكيل بنصف المهر ، إذ الإنكار كالطلاق (محمد) بل

(قوله) «ولا تنكح المرأة المرأة» ونحوه . تقدم . وروى عن عائشة عن النبى ﷺ أنه قال : « النساء لا يزوجن » حكى نحوه فى الكشاف .

(قوله) « ككتبه ﷺ ورسله » . قلت لقائل أن يقول : لم يكن فى كتبه ﷺ عقد نكاح ولا غيره : والعقود يعتبر فيها المجلس ولا قياس مع الفرق والله أعلم .

بجميعه ، إذ لم تقع الفرقة إلا ظاهرا « مسألة » (هب ش) ولو أخبرها أن زوجها طلقها ، وأن عدتها قد انقضت ، وأنه وكله بالعقد عليها بألف ، فعقد وضمن ، ثم أنكر الزوج ذلك كله ، رجعت على الوكيل بالألف ، لضمانه و إقراره بالوجوب (ح الساجى والطبرى) لا ، إذ لزومه إياه فرع لزوم الأصل ، لنا إقراره .

الرابع : خُلو الزّوجين من موانع النكاح ، من إحرام وكفر وغيرهما .

الخامس : الاشهاد عند (على ٢ ع - ثم - بعص خمى ، يب الشعبى يب عى - ثم - ه شح مد) لقوله ﷺ : « إلا بولى وشاهدين » ونحوه (عم ابن الزبير ، ثم ، عبد الرحمن بن مهدى د) لا يعتبر كشراء الأمة للوطء . قلنا : فرق الخبر (ك) يكفى إعلانه لقوله ﷺ « أعلنوا » الخبر. قلنا : لا تنافى ، وأراد الندب كالدفوف « مسألة » (يه ش) وتعتبر العدالة لقوله : « وشاهدى عدل » (رسا الداعى ح) لا ، لقوله ﷺ « إلا بولى وشاهدين » قلنا : يحمل على المقيد (فرع) (هب قين) ولا يكفى النساء لمفهوم الأخبار (ك) يكفى إذ المقصود الشهرة (ه حص) ويكفى رجل وامرأتان (قن ، ش) لا ينعقد بالنساء . لنا قوله ﷺ « إلا بولى وشهود » ولا قائل باعتبار ثلاثة رجال أو نسوة ، فتعين قصده رجلا وامرأتين . قلت : واعتماد قوله تعالى (فرجل وامرأتان) أولى . « مسألة » (هب أكثر صش) و يكفى ظاهر العدالة و إن التبس الباطن (الاصطخرى وصاحب المهذب) بل ظاهراً و باطنا قلنا : فيه حرج ، و يلزم وجوب حضور الحاكم لجهل حال من سواه ، ولا قائل به . (مسألة) و يجزىء سماعهما و إن لم يقصداه إذ هو المقصود ، لا سماع أحدهما الإيجاب والآخر القبول ، إذ لا بد

(قوله) « إلا بولى وشاهدين » ونحوه . تقدم

(قوله) « أعلنوا » الخبر . عن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ « أعلنوا هذا النكاح ، واجعلوه فى المساجد ، واضربوا عليه الدفوف » أخرجه الترمذى ، وزاد رزين : « فان فصل ما بين الحلال والحرام الاعلان » .

(قوله) « وشاهدى عدل » حكى فى الشفاء عن على عليه السلام أنه قال : « لا نكاح إلا بولى وشاهدى عدل » اه

(قوله) « إلا بولى وشهود » لفظه فى الشفاء عن على عليه السلام : « لا يجوز نكاح إلا بولى وشهود » .

من اثنين على الطرفين معاً، لظاهر الخبر، و يصحان أعميين أو عبديهما، لعموم الخبر، لا أصمين إذ القصد السماع (ى) ولا أخرسين لاعتبار لفظ الشهادة عند الأداء، قلت فيه نظر «مسألة» وتكفى عَدالةٌ تقبل فى الحقوق (حص) من صَحّ ولياً صَحّ شاهداً و إن لم يقبل فى الحقوق، كعدو وفاسق لا عبد (ش) لا يصح والداً أو ولداً أو عبداً كالحقوق، قلنا: لم يفصل الدليل فى النكاح ولا يصح خُنثيان ولا رجل وخُنثَى، لاحتماله امرأة، ولا يعتد بالولى لقوله ﷺ: «إلا بولى وشاهدين» «مسألة» وعلى العدل التتميم حيث لا غيره، وعلى الفاسق رفع التغرير كازالة المنكر «مسألة» (هب) وتقام في الموقوف عند العقد (ص) بل عند الاجازة (ابن داعى) بل عندهما. قلنا: القصد الشهادة على العقد، إذ هو السابق إلى الفهم.

﴿السادس﴾ رضاء المكلفة الثيب إجماعا، لقوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها» و يعتبر تصريحها بنطق أو ما فى حكمه، من تهيىء له إجماعا، لقوله ﷺ «تُعْرِب عن نفسها» ولا بد من كونه نافذا (م) فلا يكفى: أرضى إن رضى وليي، ولو رضى، والخرساء بالاشارة «مسألة» (ه حص) و يعتبر رضاء البكر البالغة، لقوله ﷺ «البكر تستأمر فى نفسها». الخبر ونحوه (قش) للأب إجبارها لقوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها» قلنا: الصريح يدفع المفهوم. قالوا: كما يقبض مهرها بغير إذنها، قلنا: لا نُسَلِّم. وسكوتها رضا، لقوله ﷺ: «رضاها صماتها» وكذا الضحك، والهرب وتغطية الوجه لأجل العادة (م ح) وكذا بكاؤها (فو) لا. قلت: قد يكون للمسرة وتذكر الوطن، بخلاف اللطم والصراخ والوَلْوَلة فلا كراهة (ى) العبرة بما تقتضيه القرينة فى تلك الحال (قش) لا بد من النطق. لنا مامر - «مسألة» (ه ها) ولو ذهبت بكارتها بغير وطء فكالبكر (ابن أ، هريرة قش) كالثيب، قلنا: كما لو لم يخلق لها بكارة. «مسألة» (ه ط ع ح ك) والموطوءة بالزنا بكر، لقوله ﷺ: «البكر بالبكر جلدُ مائة» فسماها بكرا (ش فو) بل

(قوله) «تعرب عن نفسها» روى عن النبى ﷺ أنه قال: «الثيب تعرب عن نفسها» هكذا يروى. وقد تقدم ما يتضمن معناه.

(قوله) «البكر تستأمر» إلخ تقدم.

(قوله) «رضاها صماتها» تقدم ما يتضمن معناه.

(قوله) «البكر بالبكر جلد مائة» سيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى.

ثيب كالمنكوحة . قلنا : الحياء باق . قلت : مالم يتكرر « مسألة » (هب ه ش حص) ولو طال لبثها مع الزوج فلا ثيوبة حتى يفتضها كالو لم يطل (ك) إذا طال ورأت ما يرى النساء ذهب الحياء . قلنا : لا نسلم « مسألة » (م قين) والمغلوط بها بكر لما مر . (ك) إن طالت مدة الغلط ، وتكرر الوطء فثيب ، قلت : وهو قوى (م) ولو أنكرت البكر ثم عقد عليها فسكتت فرضا « مسألة » (زيه الحنفية) وللولى تزويج الصغيرة ، أبا كان أو غيره ، لعموم الأدلة (عم ، ثم بص ، وابن شبرمة) لا ، حتى تبلغ لتعذر الرضا (ن ش) يجوز للأب والجد فقط ، لقوله ﷺ : « لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر » ونحوه . والجد أب ، لقوله تعالى (ملة أبيكم إبراهيم) لنا عموم الأدلة .

فصل

وباطله مالم يصح إجماعا (هب)

أو فى مذهبهما أو أحدهما عالما ، ويلزم بالوطء فيه مع الجهل : الأقل من المسمى ومهر المثل . وفاسده : ماخالف مذهبهما أو أحدهما جاهلين ، ولم يخرق الإجماع (م والمذاكرون) وهو كالصحيح إلا فى أحكام ستأتى (قه ن ش) بل هو باطل أيضا لمخالفته المشروع . قلنا : الجاهل إن لم يخرق الاجماع كالمجتهد ، إذا وافق أحد طرق الشرع ، فيكون كالصحيح إلا ما خصه الدليل كما سيأتي . «مسألة» و يفسده الشغار والتوقيت والتعليق بمستقبل واستثناء المشاع ، وقد مرت ، وشرط أن لا نكاح بعد التحليل إجماعا ، إذ هو كالمؤقت ، وللعن المحلل والمحلل له ، فإن شرط الطلاق بعد التحليل صح العقد ولغا الشرط فى أقوى الاحتمالين ، إذ لا دليل على بطلانه ، وقيل : يبطل « للعنه ﷺ

(قوله) « لا تنكح اليتيمة حتى تستأمر » لفظ الحديث : عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « اليتيمة البكر تستأمر فى نفسها ، فان صمتت فهو إذنها ، وإن أبت فلا جواز عليها » أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى .

(قوله) « ونحوه » ، وذلك كقوله ﷺ « أنت ومالك لوالدك » وقد تقدم .

فصل « وباطله إلخ »

(قوله) « وللعن المحلل والمحلل له » عن ابن مسعود « أن رسول الله ﷺ لعن المحلل والمحلل له » أخرجه الترمذى .

المحلل» قلنا: قال ﷺ: «ذهب الخداع» «مسألة» (هب ح ش) فإن تواطئا على التحليل، ولم يشرطاه عند العقد، صحّ (ك ق مد حق خعي د ه) بل يبطل لخبر اللعن ونحوه. قلنا: قرره ﷺ حيث قال: «ذهب الخداع»، ولفعل عمر، ولم ينكر (م) وخبر اللعن يتناول المؤقت جمعا بين الأدلة (ى) أو يصح العقد، و يتناولهما اللعن لمنافاة المروءة - قلت: وفيه نظر. «مسألة» (حص) ولو شرطت كون الزوج كذا صفة أو نسبا، صحّ العقد وخيرت فى الأدنى، كلو شرطت كون المهر كذا (ش) بل يبطل العقد المخالفة، كلو شرطت زيداً فإذا هو عمرو. وقلت: الأقرب للمذهب مصيره لذلك موقوفا.

(قوله) «لخبر اللعن» تقدم، ونحوه روى عن النبي ﷺ انه قال: «ألا أخبركم بالتيس المستعار؟ قالوا: بلى يا رسول الله، قال: هو المحلل» حكاه فى الانتصار، إلا أنه قال: «ألا أدلكم على التيس ... الخ» وأشار إليه فى الشفاء، وحكى فيه أيضاً عن على عليه السلام فى رجل طلق امرأته ثلاثا ثم ندم وندمت بعد ماأبانها بثلاث تطليقات، فأصلحا أمرهما بأن يأمرا رجلا فيحلها له، قال: لبسا ودلسا «لا تنكحها حتى تزوج رجلا بغير علم منك ولا أمرك، فان نكحت بغير أمرك فجامعها نكاح الاسلام فطلقها، فحل أجلها فأنكحها إن شاءت وشئت» اه

(قوله) «ذهب الخداع» روى عن النبي ﷺ «أن رجلا أتاه فقال: يا رسول الله إن فلانا نكح فلانة، ما نظنه نكحها إلا ليحلها لفلان. فقال رسول الله ﷺ: على به، فجاءوا به فقال له النبي ﷺ. نكحت؟ فقال نعم. قال: أشهدت؟ قال: نعم، قال: ذهب الخداع». وفى رواية. «أنه قيل له إن فلاناً تزوج فلانة وما نراه تزوجها إلا ليحلها. فقال؟ أصدق؟ قيل: نعم. قال أشهد؟ قيل: نعم. فقال. ذهب الخداع» حكى ذلك فى الانتصار، ونحوه فى الشفاء.

(قوله) «وفعل (٢) ولم ينكر» روى أن امرأة طلقها زوجها ثلاثا، وكان مسكين أعرابى يقعد على باب المسجد، فجاءته امرأة فقالت: هل لك فى امرأة تنكحها وتبيت معها ليلة، فاذا أصبحت فارقتها؟ فقال: نعم، فكان ذلك منه. فلما تزوجها، قالت له امرأته: إنك إن أصبحت فسيقولون لك طلقها، فلا تفعل. فلما أصبح قالوا له: طلقها. فأبى، وذهب إلى عمر بن الخطاب وأخبره القصة، قال له. الزم زوجك، وإن رابوك بشيء فائتنى. وبعث إلى المرأة الواسطة فنكل بها. فكان يغدو على عمر ويروح فى حلة، فقال له عمر: احمد الله ياذا الرقعتين الذى رزقك حلة تغدو بها وتروح ولم ينكر أحد على عمر ذلك» هكذا حكى فى الانتصار.

فصل(١)

ويلغو شرط خلاف موجبه، كعلى أن لا يخرجها، أو ألا ينفقها، لقوله ﷺ « ما بال أقوام يشترطون »الخبر. وكفساد تسمية المهر لأنه كالعوض. ويندب الوفاء وإلا وفيت مهر المثل، إذ لم ينقص إلا لغرض الشرط (ش) بل لها مهر المثل، إذ فسدت التسمية بذكر مالا يستحق كلو سمى خمرا (حك ن عه فر) بل لها المسمى فقط، إذ إسقاط الشرع للشرط كاسقاط التوفية. قلنا: لا نسلم. قلت: فلو زاد على مهر المثل لأجل شرط سقوط الانفاق، سقطت الزيادة بعدم الوفاء. « مسألة » وعلى أن لا مهر لها يلغو، فان شرط الزوج أن لا يطأها فكذا (هب ش) وان شرطت هي بطل العقد، كاستثناء البضع (ى هب) لا، كشرطه أن لا ينفقها. قلت: فان وقتت لغا اتفاقا، لزوال علة الافساد. « مسألة » (حط خعى حص) ويلغو شرط الخيار فيه إذ استوى جده وهزله كالطلاق (ش) بل يبطله، إذ موضوعه اللزوم وعدم التردد بخلاف البيع.

باب

من يحرم نكاحه

« مسألة » يحرم على المرء أصوله، لقوله تعالى: (حرمت عليكم أمهاتكم) والجدة أم مجازاً، فحرمت باللفظ، وقيل بالقياس. وفصوله، لقوله تعالى (و بناتكم) وولد الولد وإن سفل كالجدة ما علت، وفصول أقرب أصوله لقوله تعالى: (وأخواتكم، و بنات الأخ و بنات الأخت) للنص، وأول فصل من كل أصل قبله، لقوله تعالى: (وعماتكم وخالاتكم) وعمات الأصول وخالاتهم فى التحريم كالجدات. والرضاع فى هؤلاء كالنسب، لقوله تعالى: (وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم، وأخواتكم من الرضاعة)، وعموم قوله ﷺ: « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »، فأما مرضعة الابن ونحوها فأجنبية. ونساء أصوله، لقوله تعالى: (مانكح آباؤكم) قلت: ولو من قبل أمه قياسا، والجامع بينهما الفرعية. ونساء فصوله، لقوله تعالى: (وحلائل أبنائكم). وأصول من عقد بها لقوله تعالى: (وأمهات نسائكم) وفصولها مع الدخول أو ما فى حكمه لقوله تعالى: (وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن) قلت: فأما المملوكة فلا يحرم أصولها ولا فصولها إلا بعد الوطء أو أى مقدماته لشهوة، إذ ملك الرقبة بمجرده لا يوجب تحريماً إجماعاً.

(١) هذا الفصل ليس له نظير فى التخريج - ع

« مسألة » (قين) وتحرم أم الزوجة وإن لم يدخل ، لظاهر الآية ، وقوله ﷺ : « من نكح امرأة ... » الخبر (على عوزيد ثم ابن الزبير ، ثم هدك ى) لا ، إلا مع الدخول ، إذ قوله تعالى : (اللاتي دخلتم بهن) يرجع إلى الجملتين . قلنا : بل إلى التي تليه ، سلمنا ، فالخبر خصصها ، وقول (ع) أبهموا ما أبهمه الله ، ولم يخالف « مسألة » وتحريم الربيبة مشروط بالدخول إجماعاً ، للآية (الأكثر) ولا يشترط كونها في الحجر لقوله ﷺ : « من نكح امرأة . . . إلى قوله : لم تحرم عليه ابنتها » (الظاهرية) وعن على عليه السلام : ظاهر الآية اشتراطه . قلنا : خرجت مخرج الأغلب لا الشرط ، إذ لا تأثير للتربية في التحريم (الأكثر) والموت ليس كالدخول (زيد) بل مثله . لنا قوله تعالى : (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) «مسألة» ولا يعتبر في حليلة الأب والابن الدخول لظاهر الآية ، وحليلة ابن الرضاع كذلك إجماعاً . وقوله تعالى : (الذين من أصلابكم) إخراج للمتبنى فقط . « مسألة» (يه ن مسروق عامر بن ربيعة ك قش) والنظر المباشر واللمس ولو بحائل إذا كانا لشهوة كالدخول ، حيث يعتبر لقوله ﷺ : « من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له بنتها » (ح) اللمس والتقبيل ونظر الفرج

باب : من يحرم نكاحها

(قوله) « من نكح امرأة » الخبر . لفظه : عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال : « أيما رجل نكح امرأة فدخل بها فلا يحل له نكاح ابنتها ، فإن لم يكن دخل بها فلينكح ابنتها ، وأيما رجل نكح امرأة فلا يحل له أن ينكح أمها دخل بها أو لم يدخل» أخرجه الترمذى .

(قوله) « وقول ابن عباس أبهموا ما أبهم الله » حكي عن الانتصار عنه ، والذى في الجامع عن زيد بن ثابت « أنه سئل عن رجل تزوج امرأة ثم فارقها قبل أن يصيبها ، هل تحل له أمها ؟ فقال زيد بن ثابت : لا ، الأم مبهمة ليس فيها شرط ، وإنما الشرط في الربائب » أخرجه في الموطأ .

(قوله « من نكح امرأة » تقدم قريباً .

(قوله) « من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له ابنتها » هكذا روى . وروى أيضاً عن النبي ﷺ أنه قال : « لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها » والله أعلم .

لا غيرها . قلنا العلة حاصلة فى غيرها كهى ، وهى الاستمتاع (قش) بل الدخول الوطء فقط ، إذ هو المفهوم . قلنا : العلة الاستمتاع ، وقد حصل (لى) اللمس كالوطء لا النظر إذ ليس من مقدمات الوطء . قلنا : بل منها . (فرع) والأمة فى ذلك كالحرة إذ كشف علىّ عليه السلام عن ساق جاريته فحرمها على الحسن عليه السلام . (فرع) (هب) والخلوة الصحيحة لا تحرم ، وقيل : كالدخول . قلنا : لا موجب . ولو رآها فى ماء أو نحوه لشهوة حرمت ، لا فى مرآة ونحوها (فرع) قلت : فان رأته هى أو لمسته لشهوة ، ولم يرها هو(١) كان كدخوله قياسا عليه ، والعلة كونه استمتاعا حل بعقد (وهذا أقرب ويحتمل أنه لا يقتضى التحريم لمفهوم قوله تعالى: (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) وهو إن فعلت غير داخل ولا فى حكمه . «مسألة» ويحرم الجمع بين من لو كان أحدهما ذكراً حرم على الآخر من كلا الطرفين ، لقوله تعالى : (وأن تجمعوا بين الأختين (الأكثر) ولو مملوكتين (٣ د) يجوز لعموم (أو ما ملكت أيمانكم) قلنا: قال علىّ عليه السلام : آية التحريم أولى . قلت : إذ هو أحوط « مسألة » (الأكثر) وعمة المرأة

(قوله) « إذ كشف على عليه السلام » الخ . روى عن على عليه السلام «أنه كشف أو كشف له عن ساق جارية له ، فوهبها لابنه الحسن ثم قال له : لا تدن منها فانها حرام عليك » هكذا حكى فى الانتصار .

(قوله) «قال على عليه السلام آية التحريم أولى» قيل قال الامام يحيى : وعن على عليه السلام أنه قال فى الأختين : حرمتهما آية وأباحتهما آية ، فالتى حرمتهما قوله تعالى [وأن تجمعوا بين الأختين] والتى أباحتهما قوله تعالى [أو ماملكت أيمانكم] لكن التحريم أولى وأحق . وروى عن عثمان أنه قال : « أحلتهما آية وحرمتهما آية أخرى ، لكن الاباحة أولى . وعنه أنه توقف فى ذلك » اه . قال فى التلخيص . وروى عن على عليه السلام أنه سئل عن ذلك فقال « أحلتهما آية وحرمتهما آية »أخرجه البزار وابن أبى شيبة . ثم قال : والمشهور أن المتوقف فيه عثمان . اه . وفيه أيضا : وروى عن على عليه السلام «أنه سئل عن رجل له أمتان أختان ، فوطىء إحداهما ثم أراد أن يطأ الأخرى ، قال . لا ، حتى يخرجها عن ملكه . قلت . فان زوجها عبده ؟ قال : لا ، حتى يخرجها عن ملكه ، زاد ابن عبد البر . أرأيت إن طلقها زوجها أو مات عنها ، أليس ترجع إليك ؟ لأن تعتقها أسلم لك . قال . ثم أخذ بيدى فقال : يحرم عليك مما ملكت يمينك ما يحرم عليك من الحرائر إلا العدد » اه . ونسبه الى ابن أبى شيبة . قلت : والذى فى الجامع عن قبيصة بن ذؤيب أن رجلا سأل عثمان عن أختين مملوكتين لرجل . هل يجمع بينهما؟ فقال: =

(١) ما بين القوسين ساقط من إحدى النسختين .

وخالتها كأختهـا لقوله ﷺ: « لا تنكح المرأة على عمتهـا » الخبر (البتى ، بعض الخوارج الروافض) بل يحل لعموم : (وأحل لكم ماوراء ذلكم) قلنا : خصصه الخبر . ولو من رضاع كالأختين . وفرقُ (ﻫ) بين النَّسَب والرضاع محمول على الفرق فى العلة دون الحكم (فرع) فإن جمعهما عقد حرتين أو أمتين بطل ، كخمس حرائر أو إماء ، لا من يحل و يحرم ، فيصح من يحل . وكذا الحرة مع الأمة تبطل الأمة ، والوجه جلي . « مسألة » (ﻫ) ومن وطىء مملوكتين له يحرم الجمع بينهما ، اعتزلها حتى يزيل إحداهما عن ملكه (ى) ولو وطىء أمته ثم نكح أختها صح النكاح لقوته . وحرم وطء الأولى ، بخلاف النكاحين فلا يصح الثاني . قلت : يعنى و إن عصى بالعقد كلو شراها للوطء . « مسألة » (عم . سعيد ، ثم ﻫ) ومن زوج أمته بعد وطئها لم تحل له أختها ، لجواز أن يطلقها ، فيكون كالجامع بينهما فى الوطء (قين) بتزويجها حرم وطؤها كالبيع . قلنا : لا يكفى تحريم الوطء كالحيض والنفاس . « مسألة » (ﻫ ش ك) وكذا الكتابة (ح محمد بن الحسن عف) بل الكتابة كالعتق . قلنا : لا ، لجواز العجز . « مسألة » ومن طلق قبل الدخول حلت له الأخت والخامسة فوراً إجماعاً ، لا الرجعى إلا بعد العدة إجماعا (زيد هر ثم ، ﻫ ش ك) والمختلعة والمثلثة كغير المدخولة (ث ح) معتدة فأشبهت الرجعية . قلنا : الرجعيـة زوجة ما لم تعتد . « مسألة » (الأكثر) وتحرم الزيادة على الأربع لقوله : تعالى (مثنى وثلاث ورباع) (الظاهرية وقوم مجاهيل) أراد اثنتين وثلاثا وأربعا ، لفعله ﷺ . قلنا : خلاف الوضع اللغـوى ، وفعله ﷺ

= عثمان : أحلتهما آية وحرمتهما آية ، فأما أنا فا أحب أن أصنع ذلك . فخرج من عنده فلقى رجلا من أصحاب رسول الله ﷺ فسأله عنه فقال « أما أنا فلو كان لى من الأمر شىء لم أجد أحدا فعل ذلك إلا جعلته نكالا . قال ابن شهاب . أراه على بن أبى طالب ، وقال كأنه بلغه عن الزبير ابن العوام مثل ذلك ، اخرجه الموطأ .

(قوله) « لا تنكح المرأة على عمتها » الخبر . لفظه عن أبى هريرة قال : « نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على عمتها ، والمرأة على خالتها » هـذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الستة . وفى رواية لأبى داود والترمذى « لا تنكح المرأة على عمتها ، ولا العمة على ابنة أخيهـا ، ولا المرأة على خالتها ، ولا الخالة على بنت أختها ، لا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى » .

خاص به ، وللاجماع قبل حدوث هذا القول . قلت : ولقوله ﷺ لمن أسلم عن عشر : « أمسك عليك أربعاً » الخبر. فأما الرواية عن القاسم فغير صحيحة «مسألة» وتنكح امرأة المفقود والغريق بعد صحة طلاقه أو ردته أوموته ،بيقين أو بينة إجماعا ، فان عاد فقد نفذ فى الأولتين إجماعا (ه قين) وفى الصورة الأخرى ترجع له وتستبرى له ، لحكم على عليه السلام بذلك . قالوا : بل يخير بين المرأة والصداق ، لقوله تعالى : (فآتوا الذين ذهبت أزواجهم مثل ما أنفقوا) قلنا : نزلت فيمن بانت بالردة ، وهذه لم تبن (فرع) ولها المهر من الثاني ، لحكم على عليه السلام ، ويسقط الحد ، ويلحق النسب إجماعا ، فإن طلقها الأول قدمت الاستبراء ، إذ ماء الثانى أجد ثم تعتد من الأول . قلت :وله الرجعة فيهما لا الوطء فى الأولى ، ولا حق لها فيها . والوجه ظاهر . ولا يتداخلان لما سيأتى (فرع) (على ق تضى ش عح) وأشار إليه (ه) فإن لم يصح أى الثلاثة تربصت العمر الطبيعى (ق) وهو مائة وعشرون سنة من مولده (ط) أى فى العادة (م) مائة وخمسون إلى مائتين (٢ ك مد حق عى قش) بل تربص أربع سنين ثم تعتد وتزوج (فو عح قش وعه) لا نكاح لها حتى يصح لها أى الثلاثة بيقين أو بينة (م) أو خبر عدل غلب فى الظن صدقه ، إذ هى محصنة ، ولقوله ﷺ : « حتى يأتيها البيان » ولأن عقدها ثابت بيقين فلايرتفع إلا بيقين أو بينة (ي) لا وجه للتربص ، لكن إن ترك لها الغائب ما يقوم بها فهو كالحاضر ، إذ لم يفتها إلا الوطء وهو حق له لا لها ، و إلا فسخها الحاكم عند مطالبتها من دون

(قوله) « أمسك أربعاً » الخبر . عن ابن عمر « أن غيلان بن سلمة الثقفى ، أسلم وله عشر نسوة فى الجاهلية ، فأسلمن معه . فأمره النبي ﷺ أن يتخير منهن أربعاً » أخرجه الترمذى . وفى رواية الموطأ عن ابن شهاب قال : « بلغنى أن رسول الله ﷺ قال لرجل من ثقيف أسلم وعنده عشر نسوة : أمسك منهن أربعاً وفارق سائرهن » .

(قوله) «لحكم على عليه السلام بذلك» الذى فى اصول الأحكام : عن زيد بن على عليه السلام فى رجل غاب عن امرأته وبلغها أنه مات فتزوجت ، ثم جاء الزوج الأول فقال : يفرق بينها وبين الزوج الآخر ، وتعتد بثلاث حيض وترد إلى الأول ، ولها الصداق بما استحل من فرجها » اه . ولم يرفعه إلى على عليه السلام .

(قوله) « حتى يأتيها البيان » روى عن النبي ﷺ أنه قال : « امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها البيان » حكاه فى الشفاء .

انتظار ، لقوله تعالى : (ولا تمسكوهن ضراراً) (فإمساك بمعروف أو تسريح باحسان) « لا ، ضرر ولا ضرار » ، والحاكم شرع لرفع المضارة فى الظهار والإيلاء وهذا أبلغ ، والفسخ مشروع للعيب ونحوه ، قال : والتقدير بالعمر الطبيعي والأربع لا دليل عليه من كتاب أو سنة ، لانهم إن جوزوا لها النكاح بعد مضيها لأجل الضرر ، فأى ضرر أبلغ من تربصها هذه المدة ؟ وإن كان لحصول اليقين ببينونتها ، فلايقين بذلك ، وإن كان نصا أو قياسا فلا شيء منهما . قلت : أما العمر الطبيعي فقدروه عند تعذر اليقين والبينة الكاملة ، ليحصل أقوى مراتب الظن ، إذ لا قرينة أقوى من ذلك فيطلبوها ، ولا بد مع مضي المدة من حصول الظن ، ولا يكفى بمجرد المدة ، وإلا لزم فيمن غاب وقد بقى من عمره الطبيعي يومان أن تزوج امرأته ولا قائل به . قلت ولا شك أن فى التربص المذكور حرجا ، فالفسخ أقوى (ى) فان غلب فى الظن موته لأى الأمارات القوية جاز تزويجها بلا فسخ ، وتعتد من حين الظن ، كلو قامت بينة ، فإن عاد رجعت إليه بخلاف الفسخ . « مسألة » « على ع عم جابر ، ثم ، يب عروة هر ، ثم ، ك ش عه ثور) ولا تحرم المرأة على من زنى بها ، لقوله تعالى (وأحل لكم ما وراء ذلكم) ، وقوله ﷺ : « لا يحرم الحرام

(قوله)[1] « والأربع لادليل عليه » الخ . فان قيل . بل دليله ما أخرجه الموطأ عن ابن المسيب أن عمر قال : أيما امرأة فقدت زوجها فلم تدر أين هو فانها تنتظر أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ، ثم تحل . ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، ثم هو توقيف . فالجواب أنه روى خلافه عن على عليه السلام أنه قال : « أيما امرأة ابتليت فلتصبر حتى تستبين بموت أو طلاق » . ذكره فى أصول الأحكام ، ولم يسلم أنه توقيف بل اجتهاد والله أعلم .

(قوله) « وقوله ﷺ لا يحرم الحرام الحلال » ونحوها ، روى عن عائشة قالت : « سئل رسول الله ﷺ عن الرجل يتبع المرأة حراماً أينكح ابنتها ، أو يتبع البنت حراماً أينكح أمها ؟ قال : لا يحرم الحرام الحلال ، إنما يحرم ما كان نكاحا حلالا » هكذا حكاه فى أصول الأحكام . وروى أن صبيا زنى بابنة امرأة أبيه ، فحرص عمر على الجمع بينهما ، وأبى الصبي من ذلك . ولم يخالف عمر أحد من الصحابة . حكى عن الانتصار . وروى عن ابن عباس أنه سئل عن ذلك فقال : « أوله سفاح وآخره نكاح » حكاه فى الانتصار .

---

(١) هذا الحديث ساقط من بعض النسخ .

الحلال » ونحوهما . (بص) بل تحرم لقوله تعالى : (وحرم ذلك على المؤمنين) « ه مد » إلا إذا تابا ، لارتفاع سبب التحريم . قلنا : أراد فى الآية الزانى المشرك ، بدليل قوله . (أو مشركة) وهى تحرم على الفاسق المسلم بالإجماع ، وقوله : (وحرم ذلك على المؤمنين) أراد نكاح من سبق ذكره ، لأنه المشار إليه وهو المشرك والمشركة ، وسبب النزول يشهد بذلك ، إذ نزلت فى مرثد وعناق ، سلمنا ، فنسخ بقوله تعالى : (وأنكحوا الأيامى) (عا) بل أراد نكاح الجاهلية على أنواعه (فرع) (على ء ثم عروة هر يب عه ـ ثم ه ش ك ثور) ولا يقتضى تحريم المصاهرة ، لقوله . ﷺ « الحرام لايحرم الحلال » ونحوه (عمران بن الحصين ثم ث عى حـمدحق) بل يحرم إذ جلد (٢) رجلا وامرأة زنيا ، وحرم أن يجمع بينهما فى النكاح . قلت فكأنه جعلها كالأم أو

(قوله) « فى مرثد وعناق » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : كان رجل يقال له مرثد بن أبى مرثد ، وكان رجلا يحمل الأسرى من مكة حتى يأتى بهم المدينة ، قال : وكانت امرأة بغى بمكة يقال لها عناق ، وكانت صديقة له ، وأنه كان واعد رجلا من أسارى مكة يحمله ، قال : فجئت حتى انتهيت إلى ظل حائط من حوائط مكة فى ليلة مقمرة ، قال : فجاءت عناق فأبصرت سواد ظلى تحت الحائط ، فلما انتهت إلى عرفتنى . فقالت : مرثد ؟ فقلت : مرثد . فقالت : مرحباً وأهلا ، هلم فبت عندنا الليلة . قال قلت : يا عناق ، حرم الله الزنا . قالت : يا أهل الخيام ، هذا الرجل يحمل أساراكم . قال : فتبعنى ثمانية ، وسلكت الخندمة فانتهيت إلى غار أو كهف فدخلت فيه ، فجاءوا حتى قاموا على رأسى فبالوا ، فظل بولهم على رأسى وأعماهم الله عنى . قال : ثم رجعوا ورجعت إلى صاحبى فحملته — وكان رجلا ثقيلا — حتى انتهيت إلى الإذخر ففككت عنه أكبله ، فجعلت أحمله ويعيننى حتى قدمت المدينة ، فأتيت رسول الله ﷺ فقلت : يارسول الله ، أنكح عناق ؟ فأمسك رسول الله ﷺ ، فلم يرد على شيئاً حتى نزلت : [الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة ، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك] فقال رسول الله ﷺ : يا مرثد ، (الزانى لا ينكح إلا زانية أو مشركة ، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) « لاتنكحها » هذه رواية الترمذى . وللنسائى قريب منه واختصره أبو داود فقال . « إن مرثد بن أبى مرثد الغنوى كان يحمل الأسارى من مكة ، وكان بمكة بغى يقال لها عناق ، وكانت صديقته . قال . فجئت إلى النبي ﷺ فقلت . يا رسول الله ، أنكح عناق ؟ قال . فسكت فنزلت . [الزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك] فدعانى فقرأها وقال « لا تنكحها » .

(قوله) « إذ جلد عمر رجلا وامرأة زنيا ، وحرم أن يجمع بينهما فى النكاح » لعله فى الانتصار والله أعلم .

الأخت (ح) والنظر واللمس لشهوة فى ذلك كالوطء ، فلو قبـل الأب امرأة ابنه أو العكس انفسخ نكاحهما (عى مد) ولو أتى غلاما حرمت عليه ابنته وأمه . لنا ما مر . فعل (و٢) ليس بحجة ،ولعله أراد الكراهة لما مر (فرع) (الاكثر) ومن زنت لم ينفسخ نكاحها لقوله ﷺ : « طلقها » الخبر (بص)وعن على عليه السلام القصد بالنكاح التحصين،فاذا بطل أشبه طرو الرضاع . لنا مامر. والرواية عن على ضعيفة (فرع) (ع م) و يجب تطليقها مالم تتب إذ لا تحصن ماء ه (ع)و يجوز نكاح الفاسقة بغير الزنا إجماعا،إلا من جعل الفسق كفرا ونفاقا (ن) و يحرم تزويج الفاسق والشهادة عليه ، لقوله تعالى . (وحرم ذلك على المؤمنين) (ى) ولا فرق عنده بين فسق وفسق (بعصش) بل الفسق بالخمر إذ هى أم الخبائث . قلت . ولقوله ﷺ«فكأنما ساقها إلى الزنا» . قلت : وهوقوى إن لم يمنع منه إجماع «مسألة» (م ط هب ح) ووطء الغلط يحرم المصاهرة كلحوق النسب(ه عش) لا ، لقوله ﷺ : «و إنما يحرم ما كان نكاحا » فلا قياس مع النص (فرع) فأما المستند إلى عقد فاسد فيحرم إجماعا (هب ح ك قش) والنظر واللمس لشهوة كالوطء لقول (٢) بذلك ولم ينكر (مد قش) قال تعالى (اللاتى دخلتم بهن)؟ لنا مامر . (مسألة) (ن م ع مد الحنفية) وتحرم البنت من الزنا و إن لم يلحق النسب ، لقوله تعـالى : (و بناتـكم) وإذ خلقت من مائه كاللاحقة به (ط ش ك ي) لاتحرم إذ لا نسب بينهما ، ولقوله ﷺ : « الولد للفراش » وتكره للخلاف ، فلو تيقنها من مائه كإخبار نبى حرمت كالأم من الزنا . قلت : النسب لاحق للأم بخلافها (فر ع) (هب قش) وله نـكاح

(قوله) « طلقها » الخبر . لفظه عن ابن عباس قال : « جاء رجل إلى رسول الله ﷺ فقال . امرأتى لاترد يد لامس . قال : غربهـا ، قال : أخاف أن تتبعها نفسى . قال . فاستمتع بهـا » أخرجه أبو داود والنسائى ، وقال النسائى . وهذا الحديث ليس بثابت .

(قوله) « والرواية عن على عليه السلام ضعيفة » قيل روى العمرانى عن على عليه السلام أن نكاحها ينفسخ ، قال الامام يحيى : وهذه الحكاية لم يأثرها أحد من العترة عن على عليه السـلام ، وهم أعرف بمذهبه .

(قوله) «فكأنما ساقها إلى الزنا» أوله «من زوج ابنته ممن يشرب الخمر» حكاه فى الانتصار .

(قوله) « وإنما يحرم » . . إلخ تقدم .

(قوله) « لقول عمر بذلك ولم ينـكر» المروى عن عمر ماسيأتى .

(قوله) « الولد للفراش » . سيأتى .

بنته المنفية باللعان إن لم يكن دخـل بأمها (قش) لاقطع بانتفائها فتحرم ، إذ لو أقر بعد اللعان بطل النفي . قلنا : الحكم للظاهر وما عنده «مسألة» (ى) ومن تزوج امرأتين بعقدين فانكشفت إحداهما أم الأخرى صح العقد الأول ، فإن وطىء الأخرى أو وطئهما انفسخا ، عند من جعل الغلط يحرِّم المصاهرة ، فإن وطىء الأولى فقط لم تبطل إلا الأخرى ، وللأولى المسمَّى ، وللأخرى مهر المثل بالوطء « مسألة » وتحرم الملتبسة بالمحرم إن انحصرن وأمكن معرفة أعيانهن ليتجنبهن ، وإلا فلا ، وكذلك الخنثى المشكل لالتباسه .

« مسألة » ومن حرمت بالمصاهرة لغلط أو نحوه ، عند من جعله محرما ، لم يجز نظرها ولا الخلوة بها ، وإن حرم نكاحها (قش) يجوز كالمحرم مطلقا . قلنا : سبب التحريم غير مباح فلم تلحق بالمحارم إلا في تحريم النكاح. «مسألة» ومن نكحت في العدة جهلا فباطل إجماعا ولها المهر على الواطىء، لقوله ﷺ : « بما استحل من فرجها » لا في بيت المال كقول عمر لرجوعه إلى قول علي عليه السلام (فرع) وتستبرأ من ماء الثاني ، ثم تتم الأولى (مقين) ولها نكاح الثاني إذ لا مقتضى لتحريمها (ل عى) لا ، لقول (٢) « لا يجتمعان أبدا » قلنا : ثم رجع إلى قول علي عليه السلام « مسألة » ومن شكت في الحل بعد العدة وعقد النكاح فلا حكم للشك ، وقبلهما لا نكاح مع الشك ، وإن انقضت الأقراء « مسألة » ويثبت التوارث في العقد الفاسد مع الجهل ، لا مع العلم لما سيأتي « مسألة » . (هب أكثرمش) ومن تزوج امرأة من نفسها ثم حكم بصحته لم ينقض

(قوله) « بما استحل من فرجها » تقدم .
(قوله) « كقول عمر إلخ » روى عن عمر « أنه قال في امرأة تزوجت في عدتها فقال : يفرق بينهما ماعاشا ، ويجعل صداقها في بيت المال » ، فقال علي عليه السلام . « يفرق بينهما ولها عليه صداقها بما استحل من فرجها ، وتتم ما بقي عليها من عدتها من الأول ، ثم تستقبل ثلاثة قروء من الآخر ، ثم يخطبها الآخر إن شاء » . حكاه في أصول الأحكام . وروى عن مسروق قال . « قضى عمر في امرأة تزوجت في عدتها أن يفرق بينهما ويجعل مهرها في بيت المال . ولا يجتمعان أبداً ، وعاقبهما ، فقال علي عليه السلام : ليس هكذا هذه الجهالة ، ولكن يفرق بينهما ، وتستكمل بقية العدة ، ثم تستقبل عدتها من الآخر. فحمد الله عمر وقال : ردوا الجهالات أيها الناس إلى السنة » . حكاه في أصول الأحكام ، ونحوه في الشفاء .
(قوله) لقول (٢) « لا يجتمعان » تقدم آنفاً .

العقد (الاصطخرى) ينقض لمخالفته النص . قلنا : لا، إلا بقطعى ، و إلا ارتفع الغرض بالحكام « مسألة » ولا حد فى الفاسد مع الجهل إجماعا (ى أكثر صش) ولا مع العلم ، إذ الخلاف شبهة ،ولقوله ﷺ : « وعليه المهر بما استحل » ولم يذكر الحد (الصيرفى) بل يحد إذ يصير مع العلم بتحريمه كفاعل المحرم القطعى . قلت : وهو المذهب (ى) تحريم هذا ظنى فافترقا (الصيرفى) قال ﷺ ، « البغىُّ من أنكحت نفسها » (ى) سماها بغيا تجوزاً (فرع) (ى ه المروزى) ويقع الطلاق عليها كالنسب والعدة والظهار والايلاء (ش) الطلاق قطع الملك ، ولا ملك فى الفاسد . قلنا : لولا الملك ما ثبت النسب « مسألة » وفرق الكفر يهود ونصارى ، ومجوس ، وصابئون ، وسامرة ، ومتمسكون بصحف إبراهيم ، وصحف شيث ، ثم الباطنية والفلاسفة ، والمنجمون وأهل الردة والمشركون وكفار التأويل (فرع) (عم ـ ثم ـ هق ن الزكية عن) ويحرم على المسلم كل كافرة ولو كتابية ، لقوله تعالى: (ولا تنكحوا المشركات) واليهودى مشرك لقوله تعالى : (اتخذوا أحبارهم . . إلى قوله. عما يشركون) ونحوها (قين ى عن)[1] بل تجوز الكتابية ، لقوله تعالى (والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب) ولقول (٢) وفعل (٣ وطلحة

(قوله) « البغي من أنكحت نفسها » لفظه فى الشفاء عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « البغايا اللاتى يزوجن نفوسهن بغير ولى ، ولايجوز إلا بولى وشاهدين » اهـ .وقد تقدم بغير هذا اللفظ والله أعلم .

(قوله) « ولقول (٢) » روى عن عمر أنه قال « يحل للمسلم أن ينكح نصرانية » حكاه فى الانتصار .

(قوله) « وفعل (٣) » فان عثمان نكح نائلة بنت الفرافصة الكلبية وهى نصرانية وقصتها معروفة .

(قوله) «وطلحة وحذيفة وجابر » روى «أن طلحة تزوج نصرانية » حكاه فى الانتصار . وحكى فى الشفاء أن حذيفة تزوج يهودية من أهل المدائن . وحكى فيه عن جابر أنه سئل عن نكاح المسلم اليهودية والنصرانية فقال. تزوجنا بها زمان الفتح بالكوفة مع سعد بن أبى وقاص. وفيه أيضا عن جابر عن النبى ﷺ أنه قال : « أحل لنا ذبائح أهل الكتاب ، وأحل لنا نساؤهم وحرم عليهم أن يتزوجوا نساءنا » وفيه أيضا أن كعب بن مالك استشار رسول الله ﷺ فى نكاح الكتابية فقال «إنها لا تحصنك ، فدل ذلك على الجواز ، ولولا ذلك لقال : إنها محرمة

(١) عن يحيى رواية عن الناصر

وحذيفة وجابر) ولم ينكر (هـ) وآية التحريم نسخت آية التحليل ، إذ المائدة نزلت بعد سورة البقرة . قلت : معارض بقوله تعالى : (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) ، وقوله تعالى :(من فتياتكم المؤمنات) . وإذا اعتبر فى الأمة فالحرة أولى ولا نسلم تركهم النكير على من فعل ، إذ حرمه « عم » وأنكره . سلمنا فلكونها اجتهادية . (فرع) (٥ قين ك) وتحرم المجوسية لما مر ، ولقوله ﷺ «ولا ناكحى نسائهم» (ثور المروزى) روى أنهم أهل كتاب ، لكن رفع عنهم فكانوا كاليهود . قلنا : الصحيح أنه لا كتاب لهم ،

عليك» اهـ . وفى التلخيص ما لفظه « البيهقى عن عثمان أنه نكح ابنة القرافصة على نسائه ، وهى نصرانية ثم أسلمت على يديه » وله عن حذيفة أنه تزوج كتابية . وفى رواية له « أن عمر أمره أن يفارقها » وفى رواية « أن حذيفة كتب إليه أحرام هو ؟ قال : لا » . وروى الشافعى عن جابر أنه سئل عن ذلك فقال : تزوجناهن فى زمن الفتح بالكوفة مع سعد بن أبى وقاص . وذكر قصة ، وفيه «نساؤهم لنا حل ونساؤنا عليهم حرام» اهـ . وفيه «أن طلحة تزوج يهودية» ونسبه إلى البيهقى . وأن حذيفة تزوج يهودية . ونسبه إلى ابن أبى شيبة(ح) القرافصة ــ بفتح الفاء الأولى وكسر الثانية ــ اسم للأسد ، فى لغة العرب . فأما الذى فى هذا الحديث فبضم الفاء الأولى .

(قوله) « ولم ينكر « ع » المروى فى الانتصار عن ابن عباس أنه قال « قوله تعالى [والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب] ناسخ لقوله تعالى [ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن] لأن المائدة نزلت بعد سورة البقرة » . اهـ . وفيه بحث .

(قوله) « إذ حرمه عم وأنكر» عن نافع» أن ابن عمر « كان إذا سئل عن نكاح النصرانية واليهودية ، قال : إن الله تعالى حرم نكاح المشركات على المؤمنين ، ولا أعلم من الاشراك شيئا أكبر من أن تقول المرأة إن ربها عيسى — وهو عبد من عباد الله تعالى — » أخرجه البخارى . وقال فى التلخيص : « قال أبو عبيد : نكاح الكتابيات جائز بالاجماع إلا عن ابن عمر .

(قوله) « ولا ناكحي نسائهم » روى عن النبى ﷺ أنه قال فى المجوس : « سنوا بهم سنة أهل الكتاب » غير آكلي ذبائحهم ولا ناكحي نسائهم » هكذا فى الشفاء وغيره . والمعروف عند أهل الحديث ليس إلا قوله «سنوا بهم سنة أهل الكتاب فقط . وقد تقدم . وفى التلخيص ما نصه : روى عن عبد الرحمن بن عوف أن النبى ﷺ قال . « سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم وآكلى ذبائحهم » تقدم دون الاستثناء . لكن روى عبد الرزاق وابن أبى شيبة والبيهقى من طريق الحسن بن محمد بن على قال « كتب رسول الله ﷺ إلى مجوس هجر يعرض عليهم الاسلام ، فمن أسلم قبل ، ومن أصر ضربت عليه الجزية ، على أن لاتؤكل =

سلمنا فخصهم الخبر . (فرع) وأما المتمسكون بالزبور وصحف إبراهيم وشيث وغيرهم ، فيحرمن إجماعا ، إذ لاصحة لنقلها . سلمنا فلم تضمن إلا المواعظ لا الأحكام . وأما الصابئة والسامرة فإن كانوا كاليهود فى أصول الدين فلهم حكمهم ، وإن خالفوا فى الفروع ، وإلا فلا (ى) وقد انقرضوا فيرجع إلى أهل المقالات فيهم . (فرع) (ى) ومن أجاز نكاح الكتابية فإنما أراد إذا انتسبت إلى إسرائيل ولم تبدل ولم تفعل مايخرم الذمــة . قلت : ولعله أراد إذا انتسبت بالدين .
قال : وتحرم الكتابية الحربية لئلا تفتنه ، وجوّزه (ش) لعموم الآية . قلت : وهو القياس .
(فرع) (ى صش قش) وتحرم المتولدة بين كتابى ووثنية ، إذ لم تمحض كتابية فصارت كالمجوسية (قش) تجوز اعتبارا بالأب ، فأما بين وثني وكتابية فاعتبر (ح) الأم وغيره الأب «مسألة» (ى) وتحرم الباطنية والمنجمة والمعطلة والفلسفية والملحدة والزنديقية لتصريحهم بالكفر « مسألة » (ه قش) والكفر ملل مختلفة لا يجمعها جامع لتباينها ، وتخطئة بعضهم بعضاً (ح قش) بل الكفر ملة واحدة ، إذ يجمعها الكفر . قلنا : كما يجمع ملل الأنبياء التوحيد . فإن اختلفت فلا تناكح بين الملل ، كبين أهل الكفر والاسلام على هذا الخلاف « مسألة» (هب) والمرتدة لاتحل لأحــد ولو مرتدا ، وقيل تحل للمرتد ، إذ لا اختلاف فى الملة . قلنــا : المرتد لايقر على غير الاســلام ، فلا ملة له ، والاتفاق فى ملة واحــدة مُقرَّرة شرطٌ ، وإلا لجازت للذمىّ . « مسألة » (هب) وتحرم المحرمة (ح) يجوز العقــد . لنا ما مر « مســألة » (ه ها) وللحر المسلم نكاح أمة مسلمة ، لقوله تعالى (المؤمنات) مملوكة لمسلم ، لئلا يملك أولاده كافر ، إن خشى العنت وعجز عن الحرة ، للآية ، ولم تكن تحته حرة لقوله ﷺ « لا تنكح الأمة على الحرة » (ح) تعتبر إلا العنت (ث ف) بل إلا الطول (البتى) بل تحل مطلقا ، ولعل وجههم عدم اعتبار المفهوم ، أو خرج مخرج الأغلب

= لهم ذبيحة ولا تنكح لهم امرأة » وفى رواية عبد الرزاق « غير ناكحى نسائهم ولا آكلي ذبائحهم » وهو مرسل ، وفى إسناده قيس بن الربيع ، وهو ضعيف . قال البيهقى . وإجماع أكثر المسلمين عليه يؤكده اه .

(قوله) « لا تنكح الأمة على الحرة » لفظه فى الشفاء . عن الحسن « نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة» وحكى فيه أيضا عن زيد بن على عن آبائه عليهم السلام «أن رجلا نكح أمة على حرة ، ففرق على بينهما وقال . لايحل لك أن تنكح الأمة على الحرة » والله أعلم .

لا الاشتراط . قلنا : هذا المفهوم معمول به «مسـألة» وتحل الحرة على الأمة إجماعا ، إذ لامقتضى للتحريم (ه قين) ولا ينفسخ نكاح الأمة لتقـدم عقدها (مسروق فى ابن جرير) بل ينفسخ بإمكان الحرة و إن لم تنكح ، لقوله تعالى (إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله) فشرط الفقر فى نكاح الإماء . قلنا : لانسلم (مد) بل ينفسخ بنكاح الحرة ، إذ زال شرط تحليله ، كطُرُوِّ الرضاع . قلنا : فيلزم فى ارتفاع العنت ، سلمنا ، فقد قال على عليه السلام و (ع) إذا تزوج حرة على أمة لم ينفسخ نكاح الأمة (ى) لـكن يستحب طلاق الأمة لئلا يرق الولد (فرع) وتُخيير الحرة إن جهلت ، لحصول المضـاضة فى المقاسمة (م) إنمـا تخير استحبابا ، إذ لادليل. «مسألة» (خعى ح) ولايجب الاقتصار على أمة واحدة ، لقوله تعالى (فمن ماملكت أيمانكم) ولم يعين (م ى ش) القصد بها إزالة العنت ، والواحدة تزيله . قلت : وهو قوى ، إذ ما أبيح للضرورة اقتصر منه على مايزيلها كالميتة (م) ومن أمكنه التَّسَرى حرم عليه نكاح الأمة . قال : ولو عقد باثنتين فصاعداً عقداً واحداً بطلن جميعا ، وفى عقود تصح الأولى « مسـألة » (ه قش) ولاتنكح الأمة على الحرة ، و إن رضيت للنهى (البتى) يجوز لقوله تعالى (فانكحوا ماطاب لـكم) (ك) يجوز إن رضيت الحرة ، إذ قد أسقطت حقها . لنا عموم الخبر . « مسألة » وتحل الحرة للعبد إن رضيت ورضى وليها ، إذ ليس بكفء ، وسيده ، لقوله ﷺ «أيما عبد نكح من غير إذن سيده فهو زان» ونحوه . « مسألة » (هب قش) وتحل الأمة الـكافرة للعبد الـكافر لتساويهما (قش) لا ، إذ اشترط فى الإماء الإيمان (ح) وتجوز الأمة الكتابية للعبد المسلم ، لمـا مر ــ (ش) لا ، لقوله تعالى : (المؤمنات ..) ، قلت : وهو المذهب . « مسألة » ولايحل للعبد نكاح مالـكته

(قوله) «فقد قال على عليه السلام» إلخ . حكى فى الشفاء عن على عليه السلام فى رجل نـكح أمة فوجد طول حرة ، فـكره أن يطلق الأمة نفس فيها أنه قضى أن تنـكح الحرة على الأمة ولا تنـكح الأمة على الحرة . اه . ولم يحك ذلك عن ابن عباس ، وإنما حكى عنه أنه قال «لاينكح الحر من الاماء إلا واحدة » اه . وحكى فيه أيضا عن على عليه السلام أنه قال . « لا ينكح الاماء إلا من خشى العنت ولا ينكح إلا واحدة ». اه .

(قوله) « للنهى » . تقدم .

(قوله) « أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو عاهر » أخرجه أبو داود والترمذى .

لتناقض أحكام الرق والنكاح . ولا السيد لأمته لذلك ؛ وإذ يملك وطأها فلا فائدة فيه ، فإن ملك أحد الزوجين الآخر انفسخ النكاح لقوة الملك (ى هب قش) وليس للأب نكاح أمة بنيه ما تناسلوا ، لقوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » . (قش) يجوز ، إذ ليس بمالك حقيقةً. قلت : وهو المذهب . والرجل نكاح أمة أبيه أو أمه ، إذ لاشبهة ملك ، وكذا أمة ابنه من الرضاع . « مسألة » (٢ عم ابن عوف ابن أبى وقاص ، ثم ٥ قين لـ) ومن باع أمته المزوَّجة لم ينفسخ نكاحها ، لتخييره ﷺ بريرة حين عتقت ، ولو انفسخ لم يُخيرْها . وإذا لم ينفسخ فى العتق فالبيع مثله (ع و أبى بن كعب ، أنس ، جابر) ملك المشترى الرقبة ، فتتبعها منافع البضع فانفسخ النكاح . وعن (ع) بيعها طلاق (ى) ، بل يخير المشترى كتخييرها إذا ملكت نفسها ، لخبر بريرة ؛ ولا يحتاج إلى حكم ، إذ لم يذكره ﷺ لبريرة (فرع) ولوطلقها قبل الفسخ وقع (قش) موقوف إن فسخت لم يقع ، وإلا وقع . قلنا : لامانع ، ولا يقع بعد الفسخ ، إذ لازوجية ، كبعد الرضاع . « مسألة » (٥قين) ويحل الجمع بين امرأة و بنت زوج كان لها (لى فر) إذ لو كانت البنت ذكراً لحرمت على المرأة . قلنا : العبرة بالطرفين ؛ لجمع عبد الله بن جعفر بين أم كلثوم بنت على ، وامرأة أبيها ولم ينكر . و بين امرأة الرجل وربيبته من غيرها إجماعاً ، و بين بنتى

(قوله) « أنت ومالك لأبيك » تقدم بمعناه .

(قوله) «لتخييره ﷺ بريرة حين عتقت» . عن عائشة قالت : « كانت فى بريرة ثلاث سنن ، أعتقت فخيرت فى زوجها . وقال ﷺ فيها «الولاء لمن أعتق» ودخل رسول الله ﷺ والبرمة تفور ، فقرب إليه خبز وأدام من أدم البيت ، فقال : ألم أر برمة تفور فيها لحم ؟ قالوا : بلى ، ولكن ذاك لحم تصدق به على بريرة ، وأنت لا تأكل الصدقة ، فقال : هو عليها صدقة وهو لنا هدية » وفى الحديث روايات كثيرة ، وسيأتى ذكر شىء منها إن شاء الله تعالى .

(قوله) « وعن (ع) بيعها طلاق » لفظه فيما ذكره رزين عن ابن عباس «طلاق الأمة خمس عتقها . وطلاق زوجها لها ، وبيع سيدها ، وهبته لها ، وميراثها » اهـ .

(قوله) « لجمع عبد الله بن جعفر » إلخ « المعروف أن عبد الله بن جعفر تزوج أم كلثوم بنت على عليه السلام بعد عمر بن الخطاب » ذكره ابن الأثير . وأما زواجه بليلى امرأة على عليه السلام فلم أقف على أصله ، والله أعلم .

العمين أو العمتين ، أو الخالين أو الخالتين ، إذ كانت أم سلمة بنت عم زينب بنت جحش (م) وتحل امرأة الربيب ، إذ لا وجه للتحريم . وأخت الأخ من نسب أو رضاع ، وأخت الابن من الرضاع لا من النسب غالباً ، وجدّتُه من الرضاع . « مسألة » والقول للمثلثة فى وطء الثانى و إن أنكر ، فتحل للأول إن صدقها ، إذ لا يعلم إلا من جهتها ، إلا أن تخرج من الأول بكراً ، فتبين بعد له على ذهاب البكارة مع الثانى ، إذ الظاهر ذهابها بوطئه ، ولو أنكر أو قالت كانت ذهبت لكن عادت ، إذ الظاهر عدم العودة . «مسألة» (ف) ولا يحرم ولد الزنا ذكراً كان أو أنثى . قلت : ولا خلاف فيه (ى) ، لكن يكره لقوله ﷺ « من ترضون حسبه » ودينه ولا حسب له . قلت : و بنت الزنا لقوله ﷺ « العرق دَسَّاس »

(قوله) «إذ كانت أم سلمة بنت عم زينب بنت جحش» هكذا وقع فى نسخة البحر ، والذى فى الانتصار أنهما ابنتا عمتين ، وفى الزهور عن الشرح . انهما ابنتا عمين . وهو كما فى الكتاب ، وفى الأحكام انهما ابنتا عمتى النبى ﷺ . وجميع هذه الحكايات فيها نظر . أما زينب بنت جحش فهى ابنة عمة النبى ﷺ ، أمها أميمة بنت عبدالمطلب ، وأبوها جحش بن رباب ، من بنى أسد بن خزيمة . وأما أم سلمة فهى هند بنت أبى أمية بن المغيرة من بنى مخزوم ، وأمها عاتكة بنت عامر بن ربيعة ، من بنى فراس ، ولا رحم بينها و بين النبى ﷺ ، ولا بينها و بين زينب — لكن زوجها أبو سلمة بن عبد الأسد ابن عمة رسول الله ﷺ ، أمه برة بنت عبدالمطلب ، وأما ماذكره فى الكشاف أن عبد الله بن أبى أمية ابن عمة رسول الله ﷺ فهو سهو ووهم والله أعلم.

(قوله) « من ترضون حسبه ودينه» لفظ الحديث عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ « إذا خطب إليكم من ترضون حسبه ودينه وخلقه فزوجوه ، وإلا تفعلوا تكن فتنة فى الأرض وفساد عريض » أخرجه الترمذى . وعن أبى حاتم المزنى قال قال رسول الله ﷺ . « إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة فى الأرض وفساد . قالوا . يارسول الله ، وإن كان فيه ؟ قال . إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه — ثلاث مرات» اخرجه الترمذى

(باب الأولياء)

«مسألة» وليّ النكاح ذو النسب ، ثم ذوالسبب ، ثم الولاية العامة والأصل فيه قوله تعالى : (بإذن أهلهن) ، وقوله ﷺ « لا نكاح إلا بولى » . « مسألة » النسب مقدم إجماعا ، وهو البنوة ، ثم الأبوة ثم الأخوة ، ثم العمومة ،والبنوة معتبرة إجماعا،حيث الابن من عصبة الأم. قلت: أوكان ذا ولاية عامة . « مسألة » (هق ثم ح ك مد هق عن) وكذا لو لم يكن كذلك ، إذقوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم) خطاب للأقارب ، وأقربهم الأبناء ، ولم يفصل (ش قم عن)لم يجمعهما جدّ فكان كابن الأخت . قلنا : الابن عصبة اتفاقا لا ابن الأخت . « مسألة »(ه ك هق ل) والابن أقدم من الأب ، إذ ولاية النكاح تابعة للتعصيب في الإرث ، والأب معه ذو سهم (ى مد محمد) قال ﷺ : « لا يؤم الرجل أباه و إن كان أفقه منه » . قلنا : النكاح مبنى على التعصيب بخلاف العبادة ، لكن يندب تقديمه ؛ بأن يوكله ، لقوله ﷺ « الكبر ، الكبر ، ليس منا من لم يوقر الكبير » (ح) بل يستويان إذ لا مزية لأحدهما ، إذ ينتسبان إليها بلا واسطة . قلنا : الابن مع الأب عصبة لا الأب . « مسألة » (الأكثر) والأب أولى من الجد (الامامية) بل الجد ، لقوله ﷺ « الكبر ، الكبر » قلنا : سقط في الإرث فسقط في النكاح . « مسألة » (ه قين ك) والجد أولى من الأخ لشبهه بالأب تفرعا وحنوا (عمحمد) سواء ، إذ أدليا بالأب جميعا . قلنا : إدلاء الجد بالأبوة فكان أولى . « مسألة » (ه حص ش) . والأخ لأبوين أولى من الأخ لأب ، لتقدمه في الإرث والولاء ، والوصية للأقرب (ك قش) بل سواء ، إذ الفضاضة تلحقهما جميعا لغير الكفء . قلنا : فيلزم في الأب مع الجد (فرع) وهما أولى

باب الأولياء

(قوله) « الكبر الكبر » سيأتى في القسامة إن شاء الله تعالى .

(قوله) « ليس منا من لم يوقر الكبير » لفظه عن أنس قال « جاء شيخ يريد النبي ﷺ فأبطأ القوم أن يوسعوا له ، فقال النبي ﷺ : ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا » أخرجه الترمذى . وعن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « ليس منا من لم يرحم صغيرنا ويوقر كبيرنا ، ويأمر بالمعروف وينهى عن المنكر » أخرجه الترمذى أيضاً ، وفيه أحاديث أخر .

من ابن الأخ لأب إجماعا (الأكثر) وكذا لأبوين (قش) بل سواء هو والأخ لأب . وابن الأخ لأبوين أولى من ابن الأخ لأب إجماعا ، اعتبارا بالقرب كالأعمام ، إذ ولاية الأعمام وبنيهم تتبع الإرث إجماعا لذلك (فرع) (هب) والأعمام وبنوهم أولى من أعمام الأب وبنيهم (ع) بل عم الأب أولى من ابن العم ، ثم أعمام الأب وأبناؤهم وإن سفلوا ، أحق من أعمام الجد لأجل القرب (ص وغيره) ، وابن الأخ لأب أولى من ابن ابن الأخ لأب وأم ، وقيل العكس (ى) سواء (ق) وندب استشارة الأم لقوله ﷺ « استأذنوا النساء فى بناتهن » .

فصل

فإن عدم ولى النسب اعتبر ولى السبب إجماعا ، لقوله ﷺ « الولاء لحمة كلحمة النسب » وكالميراث . « مسألة » والمعتق أقدم ثم عَصَبَاته على الترتيب ، ثم معتقه ، ثم عصبته كذلك (ى بعصش) إلا أن أخا المعتق لأبيه أولى من جده ، إذ يدلي ببنوة الأب ، وهى أولى من الأبوة (حش) سواء . قلنا : لا ، كالنسب . وابن المعتق أولى من أبيه كالتعصيب اتفاقا هنا ، وجدُّه أولى من ابن أخيه فى الأصح ، ويحتمل العكس ، إذ البنوة أولى . «مسألة» ومالكة الأمة توكل من يزوجها ، لقوله ﷺ « النساء لا يزوجن » وكذلك عتيقتها ، إذ ملك الولاء كملك الرقبة (ش) بل عصبتها هنا كولاية نفسها (ح) بل تزوجها هى . لنا ما مر . « مسألة » ويكفى واحد من أهل درجة ، إذ العبرة بالنسب وهو كامل لكل واحد ، لا الملاك (ى) والموالى فمجموعهم حسب الملك . أما أبناء المعتق فيكفى أحدهم ، إذ الولاء من جهتهم كالأخوة فى النسب ، بخلاف مالو أعتقوا فاجتماعهم معتبر كالملاك . قلت : إذ ولاية الجميع ليست للغضاضة ، بل للملك أو الإرث ، بخلاف النسب ، فهى للغضاضة .

(قوله) « استأذنوا النساء فى بناتهن » لفظه عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال . « استأمروا النساء فى بناتهن » أخرجه أبو داود .

(قوله) « الولاء لحمة كلحمة النسب » تمامه « لا يباع ولا يوهب » هكذا يروى ، والله أعلم . وقد ذكره فى التلخيص دون قوله «لا يباع ولا يوهب » ونسبه إلى الشافعي وابن حبان والحاكم من حديث أبي يوسف القاضى عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر .

(قوله) « النساء لا يزوجن » تقدم ما يتضمن معناه .

فصل

فإن عدما فالإمام أو واليه ، لقوله ﷺ : « السلطان ولى من لا ولى لها » (ى) وكذا إن تشاجر الأولياء ، لقوله ﷺ : « فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى لها » وله أن يزوجها نفسه إن قال بصحة تولى طرفى العقد ، وإلا فالحاكم ، وإن كان متفرعا عنه ، إذ هو وكيل للمسلمين بعد صحة ولايته من الإمام بخلاف وكيله . « مسألة » (ه قين) فإن عدم وحاكمه وكانت ، لقوله تعالى (والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض) فأثبت لكل مؤمن ولاية . والترتيب اقتضاه الإجماع . (ثور و بعض العلماء) بل تنتظر وجود الإمام ، لقوله ﷺ : « فالسلطان... » قلنا : إذا وجد . ولا ينتظر لقوله : ﷺ « ثلاث لاينبغى التأنى فيهن » الخبر . (ى) بل ينصب من يزوجها عند أهل النصب ، أو من صلح عند (يه) ، ولا وكالة . قلت : التعيين إليها ، إذ هى أخص . « مسألة» (ه) ومتى نفتهم غريبة حلفت احتياطا وقُبِل قولُها ، إذ لايعلمون إلا من جهتها .

فصل

والكفاءة المماثلة ، قلت : وفى العرف المماثلة فى الشرف والدناءة ، وهى معتبرة فى النكاح إجماعا لقوله تعالى (فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن) أى من يليق بهن ، وإلا لقال الأزواج .وقوله ﷺ : « تخيروا » « وإلا من الأكفاء » ونحوها . « مسألة » (هق ع م ط) . والمعتبر المماثلة

(قوله) « السلطان ولى من لا ولى لها » تقدم ما يتضمن معناه .

(قوله) لا ينبغى التأنى فيهن » تقدم .

فصل : والكفاءة

(قوله) « تخيروا» تمامه « لنطفكم فان العرق دساس» حكاه فى الشفاء وقد تقدم .

(قوله) « وإلامن الاكفاء » حكى فى الانتصار عن جابر أن النبى ﷺ قال « لاتزوجوا النساء إلامن الاكفاء » اهـ . والذى فى الشفاء عن عائشة قالت . قال رسول الله ﷺ «تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم » انتهى . وحكى فى الشفاء أيضا عن النبى ﷺ

فى الحسب والدين لقوله ﷺ : « العرب بعضهم أكفاء بعض » الخبر وزاد (ح) المال ليوفى ماأكدالشرع من المهر (ش) والصنعة . قلنا : لا دليل على اعتبارها ، ومعارض لقوله ﷺ : « من ترك التزويج خوف الفاقة فقد أساءالظن بربه » ثم إن القصد بالصنعة اليسار ، فأحدهما مُغْنٍ (ف) بل الحسب والدين والمال والحرفة الرفيعة . والمحترفون أكفاء إلا الحاكة والحجامين والدباغين والكناسين . قلنا : لا دليل على ما عدا الحسب والدين (محمد) بل الحسب والمال لا الدين . لنا قوله ﷺ : « من ترضون خُلُقه ودينه » ونحوه (ز قن ك) الدين فقط ، لقوله تعالى : (إن أكرمكم عند الله أتقاكم) وقوله ﷺ : « الناس كلهم ولد آدم » الخبر ، و « كأسنان المشط »

قال « إن هذا النكاح رق فلينظر أحدكم أين يضع كريمته » انتهى . وفى التلخيص ما لفظه : روى أنه ﷺ قال « إياكم وخضراء الدمن . قالوا يا رسول الله وما خضراء الدمن ؟ قال : المرأة الحسناء فى المنبت السوء » وحكى فيه أقوالا ، ثم قال : وأولى منه ما أخرجه ابن ماجه والدارقطنى عن عائشة مرفوعاً . « تخيروا لنطفكم وأنكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم » وليس فيه فان العرق دساس ، ولعله مدرج فى الحديث والله أعلم »

(قوله) « العرب بعضهم أكفاء بعض » حكى فى الانتصار عن عائشة أن النبى ﷺ قال : « العرب بعضهم أكفاء بعض ، حى بحى ، وقبيلة بقبيلة ، ورجل برجل ، إلا الحائك والحجام » اه. ونسبه فى التلخيص إلى الحاكم من حديث ابن عمر ، وحكى تضعيفه عن الأئمة . بعضهم قال . هذا كذب لا أصل له ، وبعضهم قال . هذا باطل ، وبعضهم قال . منكر .

(قوله) « من ترك التزويج » . الخ لفظه فى الشفاء « عن جعفر بن محمد عن أبيه أنه قال قال رسول الله ﷺ . « من ترك التزويج مخافة الفاقة أساء بربه الظن ، إن الله عز وجل يقول : « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله » اه .

(قوله) « من ترضون خلقه ودينه » تقدم . وعن أبى هريرة « أن أبا هند حجم رسول الله فى يا فوخه فسمعت رسول الله ﷺ يقول : يا بنى بياضة ، أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه ، قال ، وإن كان فى شىء مما تداوون به خير فالحجامة » أخرجه أبو داود .

(قوله) « الناس كلهم ولد آدم » الخبر . عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ خطب يوم فتح مكة فقال : أيها الناس ، إن الله قد أذهب عنكم عبية الجاهلية وتعاظمها بآبائها ، الناس رجلان برتقى كريم على الله ، وفاجر شقى هين على الله ، الناس كلهم بنو آدم وخلق الله آدم من تراب ، قال الله تعالى (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى — إلى قوله — إن الله عليم خبير » أخرجه الترمذى .

(قوله) « وكأسنان المشط » . روى عن النبى ﷺ أنه قال : « الناس كلهم كأسنان =

الخبر قلنا : أما عند الله فنعم . وكفاءة الدين مقصورة على الزوجين البــالغين ، ويلحق الصغير بأبيه ، وقيل فى الدين لا الفسق ، قلنا : لا وجه للفرق (فرع) (هب) والمعتبر فى الدين ترك الجهار بالفسق (ن ح) ، بل الورع (زك) ، بل الملة . لنا قوله ﷺ : « نحن نحكم بالظاهر » قلت : والأقرب أن الحرفة الدنيئة إذا تضرر بهــا كانت كالنسب الدنىء لحصول العلة . والعبرة بدناءة الحرف بعرف الجهة . « مسألة » (الأكثر) ويغتفر عدم الـكفاءة برضا الأعلى والولى ، إذأمر ﷺ فاطمة بنت قيس بنكاح أســامة ، وخطب سلمان بنت (٢) فرضيه وشق على أخيهــا عبد الله ابن(٢) (مدث ابن الماجشون) لا يصح لقوله : « لا تزوجوا بناتكم إلا من الأكفاء » ، قلنا : أراد أنه حق للأولياء ، فأذا أسقطوه سقط . إذ تزوج المقداد ضباعة ، و بلال

═ المشط فى الاستواء » هكذا روى والله أعلم . وذكره ابن الجوزى فى الموضوعات ، ولفظه « الناس كلهم سواء كأسنان المشط ، وإنما يتفاضلون بالعافية » .

(قوله) « نحن نحكم بالظاهر » تمامه « والله يتولى السرائر » هذا الحديث مما كثر دورانه على الألسنة ، وما أظنه يصح عن النبى ﷺ ، وإنما هو من كلام بعض السلف والله أعلم .

(قوله) « إذ أمر رسول الله ﷺ فاطمة بنت قيس » الخ تقدم .

(قوله) « وخطب سلمان بنت عمر » إلخ . روى أن سلمان الفارسى خطب إلى عمر ابنته فأنعم له ، فشق ذلك على ابنه عبد الله ، فذكر ذلك لعمرو بن العاصى وسأله أن يدبر ، فأتى عمرو سلمان فقال له : هنيئاً لك يا أبا عبد الله تواضع لك عمر . فقال : لى تواضع !! والله لاتزوجتها . حكاه فى أصول الأحكام وغيره .

(قوله) « لاتزوجوا أبناءكم إلا من الأكفاء » لفظه فى الشفاء : « لا تنكحوا النساء إلا من الأكفاء » وقد تقدم نحوه .

(قوله) « إذ تزوج المقداد ضباعة هو المقداد بن عمرو البهرانى نسبة إلى بهرا قبيلة من قضاعة ، وقد يقال له المقداد بن الأسود — لأن الأسود بن عبد يغوث الزهرى كان تبناه صغيرا فنسب إليه ، وقد يقال فى نسبه الكندى . والحقيقة ما ذكرته . وتزوج بنت عم النبى ﷺ ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ، وذلك مشهور عند أهل النقل .

هلالة بنت عوف ، و(٢) بنت على عليه السلام ، و(٣) بنتى رسول الله ﷺ . ولا بد من رضاها إذ لها حق فى الكفاءة كالأولياء . ولا يكفى رضا أحدهما لقوله تعالى (بالمعروف) ولا أحد الأولياء إلا عن (ح) قلنا حق لهم جميعا « مسألة » (ع لش ح) ولا تُخَيَّر من زوجها أبوها غير كفء إذ لايتهم فى تحرى حظها (م ط فو) بل تخير (لش) بل يبطل العقد إذ فرط فى حق الغير (لش) إن علم الأب وإلا خيرت. قلنا: تحرى الاب وقطع خيارها «مسألة» (ه ش فو) ولا يعتبر رضاء الولى إن رضيت بدون مهر المثل ، إذ هو حق لها مخصوص (ح) فيه عليه غضاضة كالكفاءة فيكل ولا يفسخ . قلنا : لا كلو أبرأت « مسألة » ولا حق للغريب فى الكفاءة إلا مع الأنثى لا الذكر ، وليس للامام تزويجها بغير كفء إلا برضاها (الصيدلانى) ولو رضيت ، قلنا : الحق لها .

فصل

فإذا عقد وليان لشخصين انبرم ما أجازته و إن تأخر ، كفعل الحسن بن على عليه السلام

(قوله) « وبلال هلالة بنت عوف » . هكذا فى الانتصار والذى فى الشفاء وغيره هالة بنت عوف ، وهى أخت عبد الرحمن بن عوف الزهرى .

(قوله) «و(٢) بنت على» يعنى عمر بن الخطاب فانه تزوج أم كلثوم بنت على من فاطمة بنت رسول الله ﷺ وأتت له بولد اسمه زيد ، وتوفيت هى وزيد فى يوم واحد ، بعد قتل عمر بزمان طويل ، وجميع ذلك مشهور ، والذى يقال من أنه لم يدخل بها وأنه أكره علياً عليه السلام أن يعقد له بها ، ونحو ذلك مما لا أصل له ، وإنما هو من حشو الرافضة .

(قوله) « و(٣) بنتى رسول الله ﷺ » يعنى عثمان بن عفان فانه تزوج ابنة النبى ﷺ رقية وهاجرت معه إلى أرض الحبشة ، ثم إلى المدينة ، وماتت ورسول الله ﷺ فى غزوة بدر كما تقدم ثم تزوج أم كلثوم ابنة النبى ﷺ وتوفيت عنده سنة تسع للهجرة ، وجميع ذلك مشهور ، وكذلك تزوج أبو العاص بن الربيع زينب ابنة النبى ﷺ ، وتوفيت عنده بالمدينة سنة ثمان . وتزوج زيد بن حارثة زينب بنت جحش الأسدية كما تقدم ، ونحو ذلك كثير .

فصل : وإذا عقد وليان الخ

(قوله) « كفعل الحسن » الخ «روى أن موسى بن طلحة أنكح بالشام أم إسحاق بنت=

فى بنت طلحة ، فإن ردتهما أو أجازتهما بَطَلا ، فإن كانا مأذونين واتحد الوقت أو التبس بَطَلا أيضا إذ أحدهما باطل قطعا ، ولا ترجيح ، فإن ترتبا صح الأول لقوله ﷺ : « فهى للأول منهما » (ه قين بص مدحق) ولو دخل بها الثانى (٢ طا هرك) إن دخل جاهلا بالأول فهو أحق ، إذ الدخول أقوى من العقد ، لتكميله المهر .قلنا الخبر أولى ، سلمنا ، فالوطء لا يصحح الباطل كلو نكحت فى العدة(هب ح ش) فإن علم الترتيب ثم التبس المتقدم بطلا أيضا ، إلا لإقرارها بسبق أحدهما بعينه ، أو دخوله برضاها ، إذهما قرينة السبق (مد حق) يقرع بينهما . قلنا : القرعة غير مشروعة هنا (ى) إن جهل المتأخر أو اتحاد الوقت وعدمه لم يخرج منهما إلا بطلاق ، لاحتمال الزوجية ، فإن تمردا (الحقيني والاستاذ) فالفسخ (الازرقى) بل يخيران ولا يطؤها أحدهما ، ولا مهر ولا ميراث لاحتمال عدم الزوجية . ومن مات اعتدت منه ، فإن مات الثانى بعد انقضاء العدة استأنفت الاحتمال ، لا قبل الانقضاء ، إذ عليها فى الحقيقة عدة واحدة ، فتنتقل إلى الأخرى قلت : هذه الأحكام حيث علم المتأخر ثم التبس لا حيث التبس الاتحاد ذكره (ض زى) فى موضع غير هذا . ومنها أنهما يرثانها ، وقيل ميراثهما منها لبيت المال ، إذ التبس مالكه . قلنا : منحصر فيقسم . ومنها تحريم أختها والخامسة ويوجب تحريم المصاهرة (ص) لا ، ثم إن الصحيح بطلان العقد كما ذكرنا ، وإلا لزم التحويل فى المهر والميراث (فرع) ومن دخل بها فعليه نصف المسمى ونصف الأقل منه ومهر المثل (فرع) والصغرى كالكبرى فى ذلك ، إلا أنه لا حكم لاقرارها ولا للدخول برضاها (فرع) ولا تسمع دعوى أحد الزوجين على الآخر ، ولا على الولى أنه السابق إذ لا شىء فى يد المدعى عليه ، وإنما يدعى على الزوجة فتسمع (تش) لا ، إذ يكون إقرارها على

=طلحة من يزيد بن معاوية ، ثم إن يعقوب بن طلحة أنكحها بالمدينة من الحسن بن على عليه السلام ، ثم لم تمكث إلا ليلتين أو ثلاثا حتى جامعها الحسن بن على ، فلما بلغ معاوية قال : امرأة جامعها زوجها ، دعوها . فأقر ذلك الصحابة ولم ينكر أحد منهم » هكذا فى الانتصار وفى ذلك قصة لم يذكرها .

(قوله) « فهى للأول منهما » عن سمرة بن جندب أن رسول الله ﷺ قال : « أيما امرأة زوجها وليان فهى للأول منهما ، وأيما رجل باع بيعاً من رجلين فهو للأول منهما » أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى ، وزاد رزين قبل ذكر البيع . « وإن دخل بها فهى لمن دخل» .

الغير. قلنا : لاحق للغير فى الحال فصح إقرارها (فرع) و إذا حلفت ماتعلم السابق ولا بينة ، بطل النكاحان ، و إن نكلت وقلنا يحكم بالنكول صارت فى أيديهما ، فتكون لمن حلف منهما ، فإن حلفا أو نكلا بطلا ، إذ لامزية لأحدهما (فرع) فإن أقرت باتحاد الوقت ، أو أن كل واحد سابق بطلا ، وبسبق أحدهما صحت له ولا يمين عليها للآخر ، إذ لو أقرت له لم يقبل (ى) و يحتمل اللزوم إذ يلزمها بالاقرار غُرم الحيلولة بينه و بين البضع . قلت : لا قيمة لخروج البضع فكذا الحيلولة (ص) فإن أقرت بسبق أحدهما بعد موته لم يُسْمَعْ إذ هو لغرض .

فصل

ولا ولاية للصغير إجماعا ، لرفع القلم ولأن الولاية لطلب الحظ ولا هداية له إلى ذلك ، والمجنون المطبق كذلك ، لاالمصروع والمغمى عليه ، فولايته تعود بالا فاقة . والسكران والمبنج والسقيم إذا صار لا يشعر بشيء من أحواله ، ولا يفرق بين الحسن والقبيح كالمجنون ، و إلا فلا . (فرع) فإن أذن الولى للمميز صح عقده كبيعه . و إن عقد فضولى وأجازه الصغير بعد بلوغه لم يصح ، لما سيأتى . « مسألة » ولا ولاية لكافر على مسلمة إجماعا ، لقوله تعالى : (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) . ولأمره ﷺ بتزويج بنت أبى سفيان حين أسلمت قبله (ه قين) ولا لمسلم على كافرة لقوله تعالى : (والذين كفروا بعضهم أولياء بعض) ، وقوله ﷺ : « لاتراءى نيرانهما » (لح عك) الاسلام يَعْلُو . قلنا : مجمل ، سلمنا فلا تعارض (فرع) فان لم يكن للكافرة ولى كافر فالامام ، إذ ولايته عامة بخلاف الأب (ى) ثم توكل مسلما عندنا والفريقين ، إذهم الوارثون لها . قلت : لعله يريد حيث أهل ملتها حربيون (فرع) والمسلم ولى أمته الكافرة ، إذ سببه الملك لا القرب (صش) لا ، كالبنت . قلنا : سببه التعاطف ، والكفر قد قطعه ، بخلاف

فصل : ولا ولاية للصغير ... الخ

(قوله) «لأمره ﷺ بتزويج بنت أبى سفيان» قلت : هذا إنما يستقيم على رواية أن النبى ﷺ وكل عمرو بن أمية الضمرى أن يتزوجها له كما مر ، لا على الرواية الأخرى أن النجاشى تزوجها له ، فأجاز النبى ﷺ ذلك ؛ وقد تقدمت أيضاً وهى أصح .

(قوله) « لا تراءى نيرانهما » تقدم

الملك والأمة المسلمة لا يزوجها سيدها الكافر للآية . قلت : ولا تقرير بعده عليهما كما سيأتى « مسألة » ولا تبطل الولاية بفسق التأويل إجماعا (هب حص ك قن) ولا التصريح كالميراث (قن قهـ) بل تبطل لقوله ﷺ « إلا بولى مرشد » ، قلنا : أراد البالغ العاقل ، قالوا : تبطل كولاية الحاكم . قلنا : سببها التعصيب هنا (عش) كقولنا : (المروزى) كقولنا فيمن ليس له الاجبار ، ثم كقول الناصر (بمصش) كقولنا . فيمن ليس مُبَذِرا لنا (وأنكحوا الأيامى منكم) والخطاب عام . « مسألة » وتبطل بالرق ، فلا ولاية لعبد إجماعا إلا عن (د) قياسا على الحر لنا قوله تعالى : (عبداً مملوكا لا يقدر على شىء) وكما لا يتولى نفسه . قلت : وخالف أصله فى القياس . « مسألة » ومن غاب فخفى مكانه ولم يدر أحى أم ميت بطلت ولايته إجماعا (جم) وينتظر شهرا إذ ولايته متحققة ، فلا تبطل بدون مدة الغيبة المنقطعة (ش) لا ينتظر إذ هى منقطعة كتلك . قلت : وهو الأقرب للمذهب . « مسألة » (هب) ومن غيبته منقطعة لم ينتظر (هـ) وهى فوق شهر قيل بيوم أو يومين (ن) بل شهر لا دونه عندهما فينتظر لاعتياد الناس التسامح فى انتظار هذا القدر فيما يطلبون تنجيزه ولا يستبطئونه ، فلا ضرر عليها قبله ، والمراد للذهاب والإياب ، وقيل للذهاب فقط . والأول أقرب (م فو) بل سبعة وعشرون يوما ، كما بين الرى و بغداد ، إذ مثله يعد منقطعة (الداعى) بل مائتا فرسخ لذلك (ش) بل مسافة القصر إذ لا يعد منقطعة إلا ما يقصر فيه (ح ى) بل ثلاثة أيام من دون نظر إلى القصر (ى) إذ تقدير الشهر ونحوه لا دليل عليه سمعى ومخالف لمقتضى قوله ﷺ : « ثلاث لا ينبغى التأنى فيهن » وفيه إضرار بالمرأة وتفويت لمصلحتها ، إذ ربما شق الانتظار فعدل إلى غيرها ، وفى اعتبار الثلاث رعاية حق الولى وعدم الإضرار بها (فرع) (هـ ح قم) وتنتقل فورا إلى أقرب العصبة بعده كلومات (م ى ش) بل إلى الأمام إذ ولاية الغائب باقية ، إذ لو أنكحها صح ، لكن تعذرت فناب عنه الإمام كالمديون ، قلت : وهو قوى (فرع) (خب) ومن لا ينال فى حبس أونحوه ، انتقلت ولايته فورا ، وقيل ان لم يظن خروجه فى الشهر ، والأول أقرب . قلت :

(قوله) « إلا بولى مرشد » روى عن ابن عباس عن النبى ﷺ أنه قال : « لا نكاح إلا بولى مرشد وشاهدى عدل » نسبه فى التلخيص إلى الشافعى والبيهقى موقوفاً على ابن عباس ، وحكاه فى الانتصار مرفوعاً ، وكذا قوله « الخال ولى من لا ولى له » والله أعلم .

ومثله من علم أنه فى قطر لكن يظن أنه لا يحصى طلبه فى شهر . قلت : فإن التبس انتقلت أيضا كاللبس فى المسجون ، والعلة تعذر استيفاء حقها فى الحال كالغيبة (فرع) وإذا تزوجت من غاب وليهـا ثم حضر فله الخيار فى غير الكفء . « مسألة » والعضل هو امتناع الولى من تزويج البالغة الراضية ، من الكفء من غير مانع ، فتبطل ولايته ، لقوله ﷺ : « ثلاث لا ينبغى التأنى فيهن » فلو قال : دعنى إلى وقت آخر كان عاضلا (ى) لا لو قال حتى أصلى أو نحوه . قلت : فيه نظر إلا لتعرف حاله . (فرع) فتنتقل ولايته إجماعا ، ولا يخير لقوله ﷺ : « فإن اشتجروا فالسلطان » ولا يقبل قولها فيه ، إذ حق الولى ثابت فى الظاهر . فإن لم يكن إمام وكلت ، وعن قوم ينتظر . لنا مامر . فإن رجع عن العضل قبل الانكاح عادت الولاية (فرع) قلت : ومن عرف من حاله العضل عن تزويج نسائه فيما مضى وخيف من مؤاذنته فى الحال كسلاطين اليمن ، انتقلت ولايته ، وإن لم يؤاذن عملا بالظاهر واستصحاب الحال (فرع) (هب ى) وإذا أحرم الولى بعد المطالبة انتقلت الولاية إلى الأقرب بعده كالكفر ، إذ كل منهما صفة مانعة « مسألة » (ه‍ا) ولا تبطل بالعمى إذ زوج شعيب موسى وهو أعمى ، ولم ينسخ (قش) يمنعه النظر فى حال الزوج . قلنا : لاخيار فى النكاح إلا فيما يعاف ، ولا تبطل بالخرس إن فهم الإشارة . «مسألة» (ه ش محمد) ولا ولاية لذوى الأرحام ، إذ العلة فى ولاية القريب التعصيب ، إذ تدور عليه نفيا وإثباتا كالرق والكفر (ح) يرثون . قلنا : ليس بالعلة لانتقاضه بالصغير والإمام ، قالوا : قال تعالى (بعضهم أولى ببعض) قلنا مجملة ، سلمنا ، فنزلت فى المواريث قالوا : قال ﷺ : « الخال ولى من لا ولى له » قلنا : أراد مع التعصيب ، أو أحق بالتوكيل . قلت : وفيه تعسف . «مسألة»(ى) ولا ولاية لوصى الولى فى المال ، أو المطلق إجماعا (ى ه قين) ولا الوصى بالنكاح ، إذ لا يسمى وليا ، وقد قال ﷺ : « إلا بولى » (ك ل عه يحيى بن سعيد) ، بل كالوكيل . قلنا : الوكيل معبر عن الحى ، والوصى عن الميت ، ولا ولاية له . قالوا : كالمال ، قلنا المال يصح نقل استحقاق التصرف فيه ، بخلاف الولاية فى النكاح فافترقا . وقول الهادى : يزوجها إن لم يكن لهـا ولى (ط ع) أراد أنه أقدم من الإمام ، إذ لا فائدة فى التفويض سوى ذلك (ط) ندب لا حتم ، لكن يشترط تعيين الزوج كالوكيل . قلت : لاوجه لاشتراط تعيين الزوج فى الوكالة إلا أن يريد الولى معينا كالبيع (م ى) ، بل أراد مع عدم العصبة والإمام ، إذ لا اختصاص للوصى . قيل : وهـذا فى الصغرى ، فأما الكبرى فلا وصاية عليها كما لهـا . قلت :

لافرق فى ولاية النكاح ، و إنما يعتبر رضاها فقط . قلت : وكلام (ع) أقوى ، إذ ولاية الوصى متصلة بولاية العصبة ، وهى أخص من ولاية الإمام . « مسألة » وندب تقديم ذوى الأرحام لمزية الرحامة ، ولا ولاية لهم مع العصبة إجماعا ، ولها السفر معهم إجماعا (هب ش) إلا الكافر إذ لايؤمن (ح) يجوز ، إذ يسمى محرما . « مسألة » (ه ش) ولا يصح إنكاح الأبعد مع وجود الأقرب (ك) يصح لقوله تعالى : (بعضهم أولى ببعض) ، ولم يفصل. قلنا : هي تدل على أولوية الأقرب . « مسألة » (هب م ى) وهى للأبعد مع صغر الأقرب وجنونه وكفره ، لفعله ﷺ فى أم حبيبة (م ى ش) لا لعضله . فإلى الإمام ، لقوله ﷺ : « فإن اشتجروا فالسلطان » (تفى صح) بل إلى الأقرب بعده كما قبله . قلت : الخبر أولى . « مسألة » و إذا مات معتق الأمة عن ابن صغير ، وأخ زوجها الأخ كما يزوج بنت أخيه .

فصل

وللأب إجبار الصغيرة ولا خيار إذا بلغت إلا عن قوم انقرض خلافهم . لنا لم يخير ﷺ عائشة (جم جع ك) ولها فسخ عقد الجد كسائر الأولياء (ن م ى قين) بل هو كالأب لتسميته أبا ، حيث قال الله تعالى (ملة أبيكم إبراهيم) . قلنا : مجازا . « مسألة » (ه حص) والعلة فى الإجبار الصغر لمناسبته (ش) ، بل البكارة إذ هى أمارة العى والحياء . قلنا : الصغر أرجح لظهوره . « مسألة » (ز يه حص) وللامام وسائر الأولياء إجبار الصغيرة كالأب ، لكن تخير إذا بلغت لنزول : (و يستفتونك فى النساء) نهيا لأولياء النساء اليتامى عن نكاحهن إلا مع إيفاء مهورهن ، واذا جاز للأولياء جاز لغيرهم ، إذ لم يفرق أحد (ن ش) موقوف فلا يصح . لنا ماص . « مسألة » (يه ى قش) و إذا بلغت من زوجها أبوها مجنونا أو نحوه خيرت (قش) ، بل يبطل

فصل : وللأب إجبار الصغيرة ... الخ

(قوله) «لم يخير ﷺ عائشة» وذلك أن النبى ﷺ تزوجها وهى بنت ست سنين ، وأدخلت عليه وهى بنت تسع سنين ، ومكثت عنده تسعاً » هكذا أخرجه البخارى ومسلم ، وفيه روايات يتضمن بعضها قصة ، ولم يؤثر أنه ﷺ خيرها عند بلوغها .

العقد لبطلان المقصود بالنكاح (ح) لاخيار إذ لايتهم الأب فى المصلحة. قلنا: ظهر بطلانها فخيرت، ولم يبطل العقد كالكبرى. « مسألة » (يه م ح محمد) وإذا بلغت من زوجها غير أبيها خيرت كالأمة عتقت (ف) لا، كمن زوجها أبوها. قلنا: خص الأب عدم تخييرها (عا) ويبطل الخيار برضاها، أو تمكينها عالمة بالعقد والبلوغ وثبوت الخيار (م ح)، بل بتمكينها بعد البلوغ وإن جهلت الخيار، إذ هو إسقاط حق. قلنا: كلو جومعت نائمة. « مسألة » (ه حص) ولا إجبار للبكر البالغة، لقوله ﷺ « فإن أبت فلا إجبار عليها » الخبر ونحوه (لى ش لك) أراد تستأمر تطييبا لنفسها كاستشارة الأم. قلنا: صرح ﷺ بنفى الاجبار، « وقد رد ﷺ نكاح بالغة شكت أن أباها أجبرها » . رواه (ع عم). قالوا: قال ﷺ « اليتيمة تستأمر » فهم أن ذات الأب لاتستأمر. قلنا: المنطوق ينصرنا، والمفهوم ضعيف هنا (مسألة) ولا تجبر الثيب البالغة إجماعا، لقوله ﷺ: « ليس للولى مع الثيب أمر » ونحوه. ولا البكر غير أبيها إجماعا، لقوله ﷺ « اليتيمة تستأمر » . (ه) وندب تقديم المؤاذنة لقوله ﷺ « لاتنكح البكر حتى تستأمر » قلنا: فإن عقد قبلها كان موقوفا. « مسألة » (زيه حص) ويجوز إجبار الصغيرة الثيب كالبكر، إذ العلة الصغر لما مر (عم بص طان ش) لا إذ العلة الثيوبة ــ لنا مامر. (ف) ولا خيار لها مطلقا (يه) مع الأب فقط (زى ح محمد)، بل والجد. لنا مامر. « مسألة » (ه) وإذا فسخت لم يحتج إلى حكم كالمعتقة (م ى حص) خلافية فافتقرت. قلنا: مع التشاجر (فرع) وفسخها ليس بطلاق إجماعاً، ويبطل خيارها بالتمكين من الوطء أو أى مقدماته مع العلم بالثلاثة. « مسألة » (ه م ط البغداديون) وللأب تزويج الابن الصغير لفعل (عم) وهو توقيف (قش) يلزمه غرامة لامنفعة تقابلها (ى) بل الصحة مترتبة على المصلحة. قلنا فيلزم فى الصغيرة. « مسألة » (ى هب)، ولا يزاد له على واحدة، إذ لامصلحة فى الظاهر (ش) يجوز إلى أربع. قلنا: وهو قريب للمذهب (فرع) (ع ح)، ولا يختص الأب بذلك، بل لأوليائه إنكاحه كلو كان أنثى. ويخير متى بلغ كالبنت (تضى ح) لا ولاية بغير الأب (فرع) (ه) والمهر على الأب (م ط) أراد إن ضمن (ى) ولو لم يضمن، اذ علله بأنه جناية، وهو من مال الجانى

(قوله) « فان أبت فلا إجبار عليها » ونحوه تقدم جميع ذلك.

(قوله) « لفعل عم » روى أن ابن عمر تزوج لولد له صغير. والله أعلم.

وإذا دفعه بنية الرجوع رجع على قول (ط م) لأجل الولاية (حص) لما أخذه من مال الأب أو الابن ، إذ هما غريمان . ولا يرجع الأب إن لم يشهد على نية الرجوع ، وكذا إن مات فهى بالخيار ، وإن أخذت من مال الأب رجع الورثة على الابن (فر) لا . قلنا : لا وجه له (ى ه ش) لارجوع للأب بحال ، إذ الأب كالجانى (فرع) (ى) ويخير إذا بلغ فى المعيبة والدنية والقطماء ونحوها . (ى) ويحتمل أن العقد باطل لعدم المصلحة ، ولا يتزوج الصغير أمة إذ لاعنت (ى) والمجنون المطبق كالصغير ، تعتبر المصلحة . قال : والسفيه والمعتوه يزوجه وليه حتماً إن طلب ، كانفاقه من ماله ، وله أن يأذن له ، إذ هو ممن يصح عقده كطلاقه ، فإن امتنع وليه فعقد لنفسه فوجهان : لايصح كالصغير ، ويصح كمن امتنع غريمه على دينه فأخذ من ماله . قلت : الأقرب أن هذا لغير المذهب . فأما التخيير فحكمه فيه حكم الثيب . « مسألة » وتجبر الأمة والمدبرة إجماعا ، كالخدمة والإجارة (ه ش) لا أم الولد إذ ثبت لها فراش مستقر فلا تزوج إلا بعد ارتفاعه بالعتق ، كالحرة بالطلاق (ز ن ح ى قش) مضمونة بالقيمة ، ولا تملك تصرفاً ولا تحجب فيصح تزويجها كالأمة . قلنا : ثبت لها الفراش ، بخلاف الأمة . « مسألة » (ه حص ك) ولا يلزم السيد تزويج عبده وإن طلب . إذ هو اللذة والتنعم ، كالطيب ورفيع اللباس (قش) بل يلزم كالنفقة . قلنا : لا ، كالأمة . وقوله تعالى (وأنكحوا ..) ندب لاحتم . « مسألة » ولا يجبر من بعضه حر . وأما المعتق على مال ، فكالقن (هب) ولا يطأ العبد بالملك إذ لايملك (ش) بل يطأ بالملك مع الأذن لا مع عدمه وإن ملك . « مسألة » (ه حص قش) . ولا يجبر من عجز عن مؤن الزوجة على الفراق ، ولا خيار لها ، إذ لم ينقل تخيير نساء فقراء الصحابة ولا إجبارهم مع العجز (ى قش) يجبر . فان لم . خيرها الحاكم ، إذ النفقة فى مقابلة الوطء ، فإذا تعذر العوض بطل المعوض ، وإذا بطل الوطء بطل العقد ، إذ لا فائدة فيه حينئذ . ولقوله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) ونحوه . وقوله ﷺ وقد سئل عن رجل لاينفق على زوجته «يفرق بينهما» قلت : وهو قوى . ولا نسلم ماذكر فى فقراء الصحابة ، إذ لم تقع مرافعة (ى) فيأمرها الإمام بالأختيار أو الفسخ . « مسألة » وندب تقديم الأكبر من أولياء فى درجة لقوله ، ﷺ : « الكبر ،

(قوله) « يفرق بينهما » حكي فى الانتصار عن أبى هريرة عن الرسول ﷺ « أنه سئل عن الرجل الذى لا ينفق على امرأته فقال : يفرق بينهما » والله أعلم .

الكبر » والأعلم ، لمعرفته بشروط العقد ، والأورع ليتحرى الحظ لها ، فإن تشاجروا فالقرعة لتطييب النفوس ، كفعله ﷺ مع نسائه ، فإن زوجها الأصغر صح « مسألة » (ه ح محمد) و إذا قال الولى زوجت فلانا ابنتى فقبل حين علم فى غير المجلس لم تنعقد ، اذ شرطهما التوالى (ف) لادليل على اعتبار المجلس . قلنا: دليله القياس على البيع « مسألة » (ى بعصش) و إذا تولى طرفى العقد واحد لم يكف أن يقول : زوجت فلانا فلانة ، بل يقول : وقبلت له ، لاشتراط القبول . قلت : و إن قال : تزوجت فلانة لفلان زاد ، وزوجته (بعصش) يكفى أحد اللفظين إذ إيجابه قبول . قلت : وهو قوى . « مسألة » ومن تزوج واحدة واثنتين وثلاثا فى عقود صحت الواحدة فقط ، إذ لايحتمل ، و بطل الأخريان لاحتمالهن البطلان ، وهو الأصل مع اللبس ، فإن كان مكان الثلاث أربعا بطلن جميعاً ، لاحتمال الواحدة للفساد هنا . «مسألة» و إذا مات أحد الزوجين قبل إجازة العقد لم يتوارثا ، إذ لاحكم له قبلها (م) فان مات الزوج وقد علمت البالغة البكر فلم تنكر ثم طلبت الإرث استحقته ، إذ سكوتها رضاء « مسألة » ولا يقبل قولها بعد الدخول أنها وضعته (ابن الحداد) من (صش) إن كانت بكرا ولم تؤاذن فى أصل النكاح قبل قولها ، ولو بعد الدخول وخطأه أصحابه . قلت : إذ هو إقرار على الغير . « مسألة » ومن أعتق أمة وله ابن منها زوجها أباه (صش) لا ، إلا ابن الحداد وخطأوه . قالوا : بل الحاكم ، إذ لا يتولى طرفى العقد واحد . «مسألة» (ى هب) ومن تزوج امرأة ثم مات فادعى ورثته أنها لم تأذن ، فالقول قولها ، اذ الظاهر الصحة ، ثم هى أعرف بنفسها . و إذا ادعى أحدهما فسق الشهود فهو يدعي الفساد ، والأصل الصحة ، لكن اذا ادعته لم ترثه لاقرارها بالبطلان . ولا مهر الا بعد الدخول : الأقل من المسمى ، ومهر المثل ، و ان ادعاه الزوج بطل النكاح لا المهر بعد الدخول كما سيأتى .

(قوله) « كفعله ﷺ مع نسائه » . عن عائشة أنها قالت : « كان رسول الله ﷺ إذا أراد أن يخرج سفراً أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها معه » هذا طرف من حديث أخرجه البخارى ومسلم والترمذى والنسائى .

باب : العيوب التي يفسخ بها النكاح

« مسألة » (ع م ثم ه جميعاً ش مد حق ثور) ويترادان بالجنون والجذام لقوله ﷺ : « لاتديموا النظر الى المجذومين » الخبر ، ونحوه . فالنهي عن مداناتهم يبطل المقصود بالنكاح، وكذلك المجنون يمنع المداناة المخافة ، فأشبه الجذام . ويردها بالقرن والرتق والعفل لمنعها المقصود (الأكثر) والبرص كالجذام (قن) ليس بعيب ، إذ ليس مفسداً للبدن . قلنا : تعاف معه العشرة كالجذام . سلمنا ، فقد رد به ﷺ وقال : « دلستم علي » الخبر (على عو) ثم (لي ث عي أبو الزناد) لاعيب إلا مامنع الوطء كالجب والعنة إذ هو المقصود ، لا ما ينفر ، كما لايرد بالعمى والعور ونحوها . قلنا : المنفر الذي يمنع من المداناة ، كالمانع من الوطء ، سلمنا فرده ﷺ

باب العيوب التي ينفسخ بها النكاح

(قوله) « لا تديموا النظر إلى المجذومين » الخبر ونحوه . حكى في الشفاء عن الحسن بن علي عليه السلام ، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال : « لا تديموا النظر إلى المجذومين ، ومن كلمهم منكم فليكلمهم وبينه وبينهم قدر رمح » اﻫ . وحكى فيه أيضاً عن زيد بن علي عن أبيه عن جده علي عليه السلام أنه قال : « يرد النكاح بأربعة أشياء : الجنون ، والجذام ، والبرص ، والقرن » اﻫ . وعن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال : «لاعدوى ولاطيرة ولاهامة ولاصفر » أخرجه البخاري ، وزاد في رواية له : « وفر من المجذوم كما تفر من الأسد » وعن الشريد بن سويد قال : « كان في وفد ثقيف رجل مجذوم ، فأرسل إليه رسول الله ﷺ ارجع فقد بايعناك » أخرجه مسلم والنسائي .

(قوله) « دلستم علي » الخبر . حكى في الشفاء عن جميل بن زيد عن ابن عمر قال : « تزوج النبي ﷺ امرأة من بني غفار فأدخلت عليه ، فرأى في كشحها وضحا فردها وقال : دلستم علي » وفي بعض الأخبار قال لها «الحقي بأهلك» إﻫ . والذي في الجامع « تزوج النبي ﷺ امرأة من غفار ، فأمرها فنزعت ثيابها فرأى بها بياضاً فقال لها . الحقي بأهلك » ، وقيل رأى البياض بالكلابية المتقدم ذكرها . اﻫ.هكذا ، ولم يذكر راويه ولا مخرجه ولا قوله . « دلستم علي » . نعم ، في التلخيص مثل ما في الشفاء ، وقال فيه اضطراب كثير على جميل بن زيد والله أعلم .

البرصاء يقتضي ذلك (ح ف لش) لا ترد الزوجة بعيب، ولها رده بالجب والعنة فقط (مد) و بالبرص والجذام، ولا يردها بشيء، لأن بيده الطلاق. قلنا: ردّ ﷺ بالبرص فقسنا (فرع) (ى) ولا فسخ بالجذام إلا بفاحشه، لا الأوضاح اليسيرة و إن دقت في الأنف واسود البدن، ولا بلمعة أو لمعتين من البرص، بل حيث انتشر فاحشا، ولا بمجنون يؤمن شره: قلت: الأقرب اعتبار ما ينفر مثله تنفيراً بالغا (ى) ولا بالقرن والرتق والعفل إلا حيث منع الإيلاج بالمرة، لا لو صعب فقط. والرتق انسداد الفرج، والقرن عظم - وقيل لحم - ينبت باطن الفرج، وإنما يكون عقب الولادة، والعفل لحم يشبه الأدرة في الفرج.

« مسألة » (هب قين) ولا يفسخ العذيوط ولا الأبخر ولا الأدفر (السرخسي من صش و بعض أصحابنا) يفسخ بها لتنفيرها. قلت: فسخ على عليه السلام العذيوط اجتهاداً فلا يلزمنا

«مسألة» (ه الا كثر قين) والعيوب محصورة فيما ذكرنا.(ض حسين) من (صش) لا حصر بل كل ما نفر فعيب. قلنا: لا دليل على ما سواها. وفي المجنونة مع التمييز وجهان: أصحها لا فسخ لامكان الاستمتاع (ك) يفسخ بالعمى وقطع اليد، قلنا: لا دليل (ى) وهو خلاف الإجماع

«مسألة» (الأكثر) ولا تأثير للعدوى، لقوله ﷺ: « لاعدوى ولا هامة ولا صفر في الاسلام» وقيل لها تأثير لقوله ﷺ، « لايوردن ذو عاهة على صحيح » وقوله: « فر من المجذوم » الخبر

(قوله) « فسخ على عليه السلام العذيوط اجتهاداً». حكى في الشفاء عن علي عليه السلام أنه فرق بين العذيوط و بين زوجته « ح » العذيوط، بكسر العين المهملة وسكون الذال المعجمة وفتح الياء المثناة من تحت ثم واو ساكنة ثم طاء مهملة، وهو الذي يتغوط حال الجماع.

(قوله) « لا عدوى » تقدم.

(قوله) « لا يوردن ذو عاهة على صحيح » لفظه عن أبي هريرة عن النبي ﷺ أنه قال: « لا يورد ممرض على مصح » هكذا في رواية البخاري ومسلم، وفي حديث أخرجه الموطأ أن رسول الله ﷺ قال: لاعدوى ولا هامة ولا صفر، ولا يحل الممرض على المصح، وليحل المصح حيث شاء. قالوا يارسول الله وما ذاك؟ قال: إنه أذى»

(قوله) «فرمن المجذوم» الخ تقدم. (تنبيه) في إحدى روايات البخاري ومسلم للحديث المتقدم أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال: «لاعدوى ولاصفر ولاهامة، فقال أعرابي: يارسول الله، ما بال إبل تكون بالرمل كأنها الظباء، فيأتي البعير الأجرب فيدخل فيها فيجربها؟ قال: فمن أعدى الأول» اهـ. وعن جابر « أن رسول الله ﷺ أخذ بيد مجذوم فوضعها معه في =

ونحوه (ى) إن أراد تأثير الطبع فلا وجه له ، وأما إجراء العادة فقريب كتولد الجنس من جنسه « مسألة » ومهما بقى من الذكر بعد الجب قدر الحشفة فصاعدا فلا فسخ لامكان الوطء ، لا دون ذلك . « مسألة » (هـ ح قش) ويفسخ بالسل والخصاء ونحوهما . وهما ذهاب الانثيين والذكر باقٍ إذ تعاف عشرته (ى قش) لا ، إذ يمكنه الوطء ، بل جماعه أكثر ، إذ لا ينزل فلا يفتر قلت : وهو قوى إن كان كذلك . « مسألة » ولا تجبر الرتقاء على شق موضع الفرج ليتمكن الزوج إذ هو جناية ، فإن فعلت بطل خياره لزوال العيب (الصيمرى) من (صش) لا ، إذ قد تقرر حق الفسخ قبل الفتق ، قلنا : لا ، كلو عوفى المجنون . «مسألة» ولا فسخ بالافضاء لامكان الوطء معه ولا بالعور والحول والعمى والشلل والاقعاد والشوة إذ لا يمنع « مسألة » (ع ط ش) و إذا عمهما العيب لم يبطل الخيار ، و إن اتفق جنسه ، إذ قد يعاف من غيره ما لا يعاف من نفسه (قش) بل يبطل لاستوائهما . لنا ما مر . «مسألة» (ى) والصَّرع عيب و إن تباعدت نوباته (على خليل) لا . لنا تنفيره وايحاشه(تفى) . ولا فسخ بعدم البكارة ولوشرطها (ع) لكن يسقط مازاده فى المهر لأجلها « مسألة » والقول لمنكر كون البياض برصا فيبين مدعيه بعدلين يشهدان عن أمارة صحيحة ، كتغير عيني المجذوم وانخساف صدغيه ، وكفرك البرص أو خضابه فلا يحمر « مسألة » (جط) وحدوث العيب قبل الدخول ، كحدوثه قبل العقد كالرقبة المستأجرة (م) لا ، إذ العقد فى النكاح كالقبض فى المبيع بدليل تكميل المهر بالموت ، كالتلف فى يد المشترى . قلنا : لا نسلم أن عقده كالقبض ، إذ العقد سبب الملك ، والقبض سبب الضمان فافترقا ، وتكميل المهر بالموت ليس لكون العقد كالقبض ، بل لكونه غاية النكاح ، كالقبض غاية البيع (ش) إن حدث فى الزوج خيرت قولا واحداً ، و إن حدث فيها فقولان : أصحهما يخير الزوج ، وثانيهما (وك) لا . لنا ما مر . « مسألة » (هب ط قش) و إذا حدث بعد الدخول خير الصحيح أيضاً . قلت : فيما يعاف فقط ، وهى الجنون والجذام والبرص ، لمنعه من المقصود . قلت : فأشبه طروّ وجه فاسخ كالردة (م قش) لا ، كبعد القبض للمبيع . قلنا : موضوع النكاح خلاف موضوع البيع ،

= القصعة وقال : كل ، ثقة بالله وتوكلا عليه » أخرجه أبو داود والترمذى . وعن بريدة أن أبابكر وعمر فعلا مثل ذلك وقالا مثل ذلك . وعن نافع «أن ابن عمر كان يأكل مع المجذوم والأبرص» ذكر هذين الخبرين رزين .

فلا خيار فيه برؤية أو شرط ، وفي المبيع يصحان ، والعقد فيه على العين ، وفي النكاح على المنفعة ، فافترقا « مسألة » ومن عقد أو مكن عالما بالعيب فلا فسخ إذ ذاك رضاه (فرع) فلو حدث في عضو فرضي لم ينفسخ لما ازداد في ذلك العضو من ذلك الجنس لا في عضو آخر فينفسخ ، ولا فسخ بكون أيهما عقيما ، إذ لا دليل ، وفي كون فسخ العيب فوريا خلاف سيأتي ، وفسخه بالتراضي و إلا فبالحاكم إن شاء فسخ أو أمر بالفسخ من سأله (فرع) فإن فسخ بعد الدخول لم يسقط المهر ، وهو المسمى ، فإن لم يسم فمهر المثل ، إذ قد استوفى عوضه ، فإن فسخ قبل الدخول والخلوة فلا مهر . لما سيأتي إن شاء الله تعالى . وكذا بعد الفاسدة ، فإن بعد الصحيحة فإن فسخته هي فلها المهر كبعد وطئها ، بدليل وجوب العدة (هـ ن) و إن فسخها هو فلا مهر لحصوله من جهتها في الحكم ، وتسليمها نفسها غير صحيح لأجل العيب إذ من شرط التخلية صحة المسلم ، فكأن التخلية غير صحيحة هنا (با) بل يلزم ، إذ الخلوة كالوطء . لنا ماسيأتي « مسألة » (هـ ك قش) و يرجع الزوج بالمهر على الولي المدلس بالعيب ، لقول (٢) « أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون » . . . الخبر . ولم يخالف ، و إذ هو غرم لحقه بسببه ، كرجوع الشهود بالجناية (علي) ثم (ح ش) لا رجوع ، إذ قد استوفى بدله . قلنا : منها لا منه ، ولكل منهما جناية (فرع) و يرجع على الولي المحرم وإن لم يعلمه ، كالأب والجد ، إذ فرط بترك الاستعلام ، لا غير المحرم ، كابن العم إلا حيث علم (ى) ويرجع الزوج على الزوجة إن جهل ابن العم لتلا يبطل حقه . قلت : الرجوع على الزوجة لا يصح عندنا كما سيأتي (فرع) (ى) والقول للولي غير المحرم في جهله العيب ، فيحلف و يرجع الزوج على الزوجة وعلى العالم من أوليائها في درجة واحدة ، إذ هو المدلس (فرع) (م ط) فإن تعذر الرجوع على الولي رجع عليها لتدليسها وهو وجه الضمان (م ى) لا ، إذ قد استوفى بدله منها وهو الوطء ، فلو رجع عليها كان كأخذ الغرم مرتين ، بخلاف الولي المدلس ، فلم يأخذ منه شيئاً يسقط به ارش تدليسه . قلت : وهو المذهب

(قوله) لقول « ٢ » الخ . لفظه في أصول الأحكام عن عمر أنه قال : « أيما امرأة تزوجت وبها جنون أو جذام أو برص فدخل بها زوجها ثم اطلع على ذلك بعد مامسها فيريد الخصومة فيها أن لها صداقا لمسيسه إياها ، وأن ذلك على وليها » اهـ .

(فرع) (م ط) ويرجع عليها بالمهر كاملا ، إذ لم ينفصل دليل الرجوع ، و إذ قد أوفاها عوض الوطء و إنما يرجع إليه لسبب آخر وهو التدليس ، فأشبه الهبة ، وقيل : بل يبقى لها أقل ما يصح مهراً لئلا يخلو الوطء عن عوض . قلت : والمذهب أنه لا رجوع عليها لما مر (السيد ح) [1] فإن دلس أجنبي رجع عليه كالولى ، وقيل : لا ، إذ لم يدلس فى حق نفسه (فرع) والتدليس ترك الإخبار بالعيب (فرع) فإن طلق قبل الدخول ثم انكشف عيبها لم يرجع بشيء ، إذ قد رضى بإزالة ملكه بنصف المهر « مسألة » وقول (هـ) : إذا وطيء زوجته المعيبة فعليه المهر وليطلقها أو يمسكها متأول (ط) أراد لا ثمرة للفسخ حينئذ ، بل هو والطلاق سيان ، للزوم المهر فى الوجهين (م) بل أراد أن الفسخ يبطل بالوطء إذ هو كالاستهلاك ، فليس إلا الطلاق أو الإمساك (ط) ليس استهلاكا بل هو كاستيفاء منفعة العين المؤجرة ، فلا يبطل الفسخ (ع) بل أراد بالطلاق الفسخ(م) لنفسه بل يصح الفسخ بعد الدخول كقول (ط) وفائدته توقى التثليث فى الطلاق . قلت : الأقرب أنه أراد تبيين أن الوطء بعد العلم رضا ، فليس له إلا الطلاق أو الامساك ، وعليه المهر فى الحالين « مسألة » وليس للولى منعها الرضا بعيب زوجها الحادث ، إذ لا حق له إلا فى الابتداء لا الاستدامة ، وله الامتناع من تزويجها المجنون ، إذ فيه غضاضة لنقصه ، حيث لا يشهد على حق ولا يصح منه عقد ، ولا عبادة لا المجبوب والمسلول إذا رضيته ، فلا عار عليه ، ولها الامتناع فى كل عيب و إن رضى الولى ، وفى المجذوم وجهان كالمجنون لنقصه . وكالمجبوب ، إذ نقصه يخصها وهو العيافة ، والأول أقرب « مسألة » ولها فسخ المجبوب المستأصل فى الحال ، لتيقن عجزه ، فإن بقى له ما يمكن الجماع به فالقول له إنه ممكن ، وقيل : لا ، إذ الظاهر العجز مع الجب . قلنا : لا نسلم ، ثم هو أعرف بنفسه فالظاهر معه « مسألة » والعنين هو العاجز عن الوطء لعدم الانتشار ، مشتق من عنّ الشيء إذا عرض ، لتعرض الاحليل إلى أحد جانبي الفرج ، وعدم ثباته . وقيل من عنان الدابة لِلينه و يقال امرأة عنينة أى لا تشتهى الوطىء (فرع) (على ٢ عو المغيرة) ثم (باصازن الزكية سا الداعى م ى قين ك) وهى عيب يصح الفسخ بها لقوله تعالى : [فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان] وقد تعذر المعروف فتعين التسريح ، وكالمجبوب (هق تضى ط ع أحمد د الحكم ابن عتيبة) لا فسخ به إذ لم يخير ﷺ امرأة رفاعة فى عبد الرحمن ، وقد شكت ذلك ، وهو فى

(قوله) « إذ لم يخير ﷺ امرأة رفاعة فى عبد الرحمن » الخ . عن عائشة قالت : « جاءت ـــ

(١) تنبيه : كلما جاء لفظ السيد قبل الحاء فالمراد به السيد يحيى

موضع التعليم . بل قال : «لا ، حتى تذوقى عسيلته» الخبر . قلنا: لعل زوجها أنكر ، والظاهر معه . قالوا : أمر على عليه السلام امرأة شكت ذلك بالصبر ، وقال : لا أستطيع أن أفرق بينكما . قلت: لعل ذلك فيمن عرضت له العنة بعد الدخول . قالوا : كن عجز المرض. قلنا هو بالمجبوب أشبه (فرع) والقول لمنكر العنة مع يمينه ، إذ الغالب الصحة ، فإن نكل حكم عليه عندنا كما سيأتى . ولا تصح بينتها إلا على إقراره . وإذا حلف أو امتنع من وطئها فوجهان (ى) أصحهما يجبر على الوطء مرة ليستقر كال المهر ، كإجبار المُوْلِي ليرتفع الايلاء (فرع) (ه ح ش ث) والقول له فى أنه قد وطىء الثيب . ويبين فى البكر بعدلة عندنا ، وأربع عند (ش) لما سيأتى ، فإن ادعى أن البكارة عادت لم يقبل إذ الظاهر خلافه مع يمينها ، إذقد يتفق حيث لا يستكمل الافتضاض (عى) بل ترقب امرأة قربهما عند الجماع (ك) أو امرأتان فينظران فرجها عقيب الوطء ، فإن عرفتا فيه أثر الجماع عمل بقولها قلنا : لاعبرة بالرطوبة ، إذ قد يولج ولا ينزل ، وينزل من لا يولج . وعن معاوية أنه أمر سمرة أن يزوج

= امرأة رفاعة القرظى إلى النبي ﷺ فقالت : كنت عند رفاعة القرظى فأبت طلاقى ، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير ، إنما معه مثل هدبة الثوب . فقال : أتريدين أن ترجعى إلى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة « ح » الزبير هذا ـ بفتح الزاى وكسر الباء الموحدة .

(قوله) «أمر على عليه السلام امرأة» . الخ . روى أن امرأة جميلة عليها ثياب حسنة جاءت إلى على عليه السلام فقالت : أصلح الله أمير المؤمنين ، انظر فى أمرى ، فانى امرأة لا أيم ولاذات بعل ، فعرف أمرها فقال : ما اسم زوجك ؟ قالت فلان بن فلان . فقال : أفيكم أحد يعرفه ؟ فأتى شيخ يدب ، فقال له : مال امرأتك تشكوك ؟ فقال : يا أمير المؤمنين ، ألست ترى أثرى عليها حسنا ؟ أليست حسنة الثياب ؟ فقال : هل عندك من شىء ؟ قال : لا . قال : ولا عند السحر ؟ قال : لا . قال : هلكت وأهلكت . قالت : انظر فى أمرى يا أمير المؤمنين . قال : ما أستطيع أن أفرق بينكما ولكن اصبرى » اه . هذه حكاية الشفاء عن أبى العباس الحسنى يرفعه باسناده عن هانىء بن هانىء .

(قوله) « وعن معاوية» الخ . قال فى الانتصار « وحكى أن امرأة ادعت على زوجها العنة ، فكتب سمرة إلى معاوية ـ وكان عاملا له ـ فكتب إليه معاوية ان يزوج امرأة ذات حسن وجمال يذكر فيها الصلاح ، ويكون مهرها فى بيت المال ، لتخبر حاله ، فان اصابها فقد كذبت زوجته ، وان لم يصبها فقد صدقت . ففعل سمرة ذلك ، ثم سألها عنه فقالت : ماعنده شىء . فقال لها سمرة =

من ادعيت عننه امرأة عدلة و يمهرها من بيت المال ، ثم يسألها عن حاله (أبوعبيد) «كتب إليه أن اشتر له جارية» .. الخبر . قلنا: قد يَعِنّ عن امرأة دون أخرى (فرع) (الأكثر) ولا بد من تأجيله لفعل علي عليه السلام و (٢) ولم يخالفا (بعصش عن قوم) لا ، كالمجبوب. قلنا : هذا يرجى فافترقا (أكثر ه قين) والأجل سنة كاملة (ك) بل دونها ، إذ ينكشف حاله فى أقل . قلنا : القصد مضى فصولها الأربعة عليه لعل أيها يوافق مزاجه فيصح فيه ، فالشتاء بارد رطب ، والربيع حار رطب ، والصيف حار يابس، والخريف بارد يابس، وابن آدم مركب من هذه الأربع ، (فرع) (الأكثر) فإن حدثت بعد الدخول فلا خيار، إذ لا قطع بها حينئذ ، فلا ينتقل عن اليقين بالظن (ثور) بل تخير بعـد ضرب المدة كحدوث الجب . قلنا : لا نسلم الاصل ، سلمنا ، فالجب متيقن والعنة مظنونة فافترقا (فرع) ولو تزوجته بعد أن فسخته فوجهان : تخير لاختلاف النكاحين ، ولجواز أن يتغير حاله ، ولا، كلو تزوجته بعد العلم .

ـــ مادنا ولا انتشر عليه ؟ فقالت : دنا وانتشر عليه ولكنه أنزل قبل أن يولج . » هذه رواية الاسفرايني من أصحاب الشافعي . وروى أبو عبيد فى غريبه « أن معاوية كتب إلى سمرة أن اشتر له جارية من بيت المال وأدخلها معه ليلة واسألها عنه . ففعل ذلك سمرة . فلما أصبح قال له سمرة : مافعلت ؟ قال : فعلت حتى خضخض فيه . فسأل الجارية فقالت : لم يصنع شيئا . فقال له سمرة : خل سبيلها يامخضخض » اهـ . (فائدة) ذكر الحريري والزمخشري مامعناه : إن قول الفقهاء « به عنة » ليس من كلام العرب ، وإنما يقال « به تعنين ، وبه عنانة » والله أعلم .

(قوله) « لفعل علي عليه السلام وعمر » حكى فى الانتصار عن علي عليه السلام وعمر أنهما أجلا العنين بمحضر من الصحابة من غير نكير . اهـ . وقل فى الشفاء : وحجتهم : خبر عن النبي ﷺ أنه قال « يؤجل العنين سنة ، فان وصل الى امرأته فهي امرأته ، وإن لم يصل فرق بينهما وجعل تطلقية بائنة » وعن الضحاك بن مزاحم «أن عليا عليه السلام أجل العنين سنة ، فان وصل إلى أهله وإلا فرق بينهما » اهـ . وفى التلخيص مالفظه : حديث «أن عمر أجل العنين سنة» البيهقي من رواية ابن المسيب عنه .

(قوله) « وتابعه العلماء عليه » نقله البيهقي عن علي والمغيرة وغيرهما ، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة وغيرهما عن ابن مسعود . اهـ

فصل فى خيار الغرر

هو محظور لقوله ﷺ : « ملعون من خان مسلماً أو غرّه» « مسألة » (هب ح قش) و إذا دلست أمة على حر لم يبطل العقد ، إذ صدر من أهله وصادف محله، فلا مقتضى لبطلانه مع رضا السيد (ش) بل باطل ، إذ المعتمد فى النكاح الاسم والصفة ، وفى البيع الاشارة ، فمخالفة الوصف كمخالفة الاشارة . قلت : لم ينتظمه العقد فلم يلزم (فرع) فإن وطئت فلها مهر المثل فى الوجهين ، ولاحكم للتسمية ، لتفرع صحتها على صحة العقد، وهذا فاسد ، إذليس للحر نكاح أمة، فهو هنا كالأجارة الفاسدة ، إذ المهر للسيد (فرع) وله الفسخ بعيب الرق (ح ف قش) لا ، لنا ما مر . (فرع) (هـ ط عقش) ولا يرجع بالمهر على أحد، لاستيفائه ما فى مقابلته (ي جم) بل يرجع على السيد كعلى الولى ، ولما مر من اختلاف وجهى الضمان والرجوع . لنا ما مر . (فرع) فإن ولدت فهو حر إجماعا لشبهة النكاح ،وعليه قيمته إن خرج حياً ، لتحقق رق الأم، والولد تابع لها ،لكن أبطل رقه الشبهة . قلت : فوطؤه كجناية الخطأ ، فلايضمن بمثله خلافا لعمر كماسيأتى . ويرجع بقيمتهم عليها لتدليسها ، فيسلمها السيد بجنايتها (فين) بل فى ذمتها . قلنا جناية العبد تعلق برقبته كما سيأتى.(فرع) فإن استوت قيمتها وقيمة الولد أو نقصت قيمته تساقط الدينان عن الزوج والسيد ، فإن نقصت قيمتها خير الزوج بين أخذها أو ردها ، و يسلم قدر التفاوت وهوله فى ذمتها ، إذسببه تدليسها ، قلت : و يسقط إن ملكها ، إذا لا يثبت دين السيد على عبده (فرع) (هب ش) والعبرة بقيمة

فصل فى خيار الغرر

(قوله) « ملعون من خان مسلما أوغره » هكذا فى الانتصار. والذى فى الجامع عن أبى بكر الصديق أن رسول الله ﷺ قال : « ملعون من ضار مؤمنا أو مكر به » أخرجه الترمذى ، وفى حديث أخرجه مسلم وغيره من رواية أبى هريرة عن النبى ﷺ أنه قال : « من غشنا فليس منا » اهـ . وله شواهد .

(قوله) « ولا يضمن بمثله خلافا لعمر » عن مالك قال : « بلغنى أن عمر وعثمان قضيا فى أمة غرت رجلا بنفسها أنها حرة فتزوجها فولدت له أولادا ، أن تفدى أولاده بمثلهم من العبيد » قال مالك و تلك القيمة أعدل ذلك عندى . ذكره رزين .

الولد يوم الوضع، إذ هو أول وقت يقوم فيه، ووقت الحيلولة بينه و بين سيده (ح) بل قيمته يوم المرافعة لتشاجرهما فى الأقل والأكثر، فيعمل بقول الحاكم، إذ شرع لقطع الشجار. قلت: العمل بوقت الوضع هو العدل لما مر، و إذ هو وقت التلف. فان خرج ميتا فلا شيء، إلا أن يكون بجناية على الأمة، ففيه الغرة على الجانى للأب، وفيما يلزم الزوج اذا جنى للسيد وجهان: قيمة الغرة إذ هى بدل الولد وقيل الأقل منها ومن عشر قيمة الأم (فرع) (ى) فإن كان المدلس عبداً رجع بقيمة الولد عليه وهى متعلقة برقبته، وقيل فى ذمته، وقيل فى كسبه. وسيأتى الخلاف فى جناية العبيد.

« مسألة » (ه) وللحرة فسخ زوجها إذا انكشف عبداً، وقد مر الخلاف فى بطلان النكاح، فإن فسخت قبل الدخول فلا مهر، إذ هو من جهتها، ولسيده الفسخ إن لم يكن قد أذن، لقوله ﷺ: « فهو عاهر » و إن كان قد دخل فالمهر فى رقبته بإيهام الحرية قولا أو فعلا كجنايته، فيخير السيد بين تسليمه أو كل الارش، فان كان المدلس غيره فهو فى ذمته. (فرع) (هب ث ل لش) فإن أذن له بالدخول تعلق المهر بذمة السيد، إذ إذنه كالضمان، كلو لم يدلس (ح لش) بل برقبته كلو رهنه، إلا أن يلتزم فالزعيم غارم. قلنا: إنما يتعلق بها الجناية ولاجناية مع الإذن (لش) بل فى كسبه إن كان له كسب، و إلا فوجهان: بذمته أو برقبته. قلنا: كسبه لسيده فتعلق الغرم به أحق.

« مسألة » (عمر بن عبد العزيز الشعبى هرث) ثم (ه حص قش) ولا يفسخ لعجزه عن النفقه لقوله تعالى: [إلا وُسْعها] [إلا ما آتاها] [وعلى المقتر قدره] (ك) بل يفرق بينهما بتطليقة رجعية، وله الرجعة إن يسر فى العدة، إذ النفقة عوض الاستمتاع، فإذا بطلت بطل، لكن يجعل له فسحة (ل) بل بتطليقة بائنة، إذ القصد تخلية سبيلها (يب قش) بل يفسخ إن طلبت و إلا فلا، إذ الحق لها. قلت: وهو قوى لما مر.

فصل فى خيار المعتقة

« مسألة » و إذا عتقت وهى تحت عبد فلها الفسخ إجماعاً. لخبر بريرة (ه الشعبى خعى ث

فصل فى خيار المعتقة

(قوله) «لخبر بريرة» . قد تقدمت إحدى رواياته . وفى رواية للبخارى قالت . « فقال: اعتقيها فان الولاء لمن اعطى الورق ، فأعتقتها ، فدعاها رسول ﷺ فخيرها فقالت : لو أعطانى =

حص) وكذا إن كانت تحت حر، لرواية عائشة «كان زوج بريرة حراً» (ع عم عا) ثم (يب سليمان ابن يسار مد حق لى ش ك) لا، إذ روى أنه كان عبداً يسمى مغيثاً، فالعلة الفضاضة، ولا غضاضة مع حريته، ولقول (عا) كان ولوحراً ماخيرها «وهو توقيف» قلنا بل اجتهاد. ومعارض بمارويناه، والعلة ملكها نفسها بدليل قوله ﷺ «ملكت نفسك فاختاري» ولم يفصل. قالوا: بل يستمر كلو تزوجت بغير إذن ثم أعتقها قبل إجازته. قلنا: العتق هنا وقع قبل نفوذ النكاح، فتقدمه يجريه مجرى الإجازة من السيد، إذ ملكها تصرف نفسها فكان إجازة، فلم يطرأ على

كذا وكذا ماثبت عنده، فاختارت نفسها» قال في رواية أخرى: «وكان زوجها حراً» قال البخاري: وقول الحكم مرسل. وقال ابن عباس: رأيته عبدا. وفي رواية أخرى: «قال الأسود وكان زوجها حراً» قال البخاري قول الأسود منقطع وقول ابن عباس رأيته عبدا أصح. وفي رواية لمسلم عن عائشة قالت: «كان زوج بريرة عبدا» وفي رواية لهما. قال عبد الرحمن زوجها حر. قال شعبة: ثم سألت عبد الرحمن عن زوجها فقال. لا أدري أحر أم عبد. وفي رواية أبي داود «أن بريرة عتقت وهي عند مغيث ـ عبد لآل أبي احمد ـ فخيرها رسول الله ﷺ وقال: إن قربك فلا خيار لك». وفي رواية له «ان زوج بريرة كان حرا حين أعتقت، وأنها خيرت فقالت: ما أحب أن أكون معه وان كان لي كذا وكذا» وفي رواية له وللترمذي «كان زوج بريرة عبداً، فخيرها رسول الله ﷺ، فاختارت نفسها ولو كان حراً لم يخيرها» وفي أخرى للترمذي «كان زوج بريرة حرا، فخيرها رسول الله ﷺ». وفي رواية للنسائي قال: «كان زوج بريرة عبدا. وعن ابن عباس قال «إن زوج بريرة كان عبدا يقال له المغيث، كأني أنظر إليه يطوف خلفها ودموعه تسيل على لحيته، فقال النبي ﷺ للعباس: يا عباس ألا تعجب من حب مغيث بريرة، ومن بغض بريرة مغيثا، فقال رسول الله ﷺ. لو راجعته؟ قالت: يارسول الله، تأمرني؟ قال: إنما أشفع. قالت: لا حاجة لي فيه». وفي رواية قال: «كان زوج بريرة عبدا أسود يقال له مغيث، عبد لبني فلان، كأني أنظر إليه يطوف وراءها في سكك المدينة». وفي رواية أن مغيثاً كان عبدا، فعتقت بريرة تحته، فقال: يارسول الله اشفع إليها. فقال رسول الله ﷺ يابريرة اتقي الله فانه زوجك وأبو ولدك. فقالت يارسول الله أتأمرني بذلك؟ قال. لا، إنما أنا شافع» أخرج هذا الحديث البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي بروايات متقاربة، وليس شيء منها في الجامع.

قوله. «ملكت نفسك فاختاري» وفي رواية ابن عباس «أن بريرة قضى فيها رسول الله ﷺ بالثلاث في خيارها والله أعلم.

النكاح فافترقا (فر) بل يفسد نكاحها بالعتق لبطلان إجازة السيد ،وعقدها لا يصح . قلنا : هو كالاجازة « مسألة » (ض ز بد حش) ولا خيار للعبد إذا عتق إذ لا دليل ، و إذ يملك الطلاق فى رقه وعتقه ، فلم يتجدد له فيه بالعتق قوة تصرف فى إبطال النكاح (حش) بل يخير كالأمة . قلنا: تجدد لها ملك التصرف بخلافه كما قدمنا فافترقا (فرع) (هب) و إذا أعتق أحد الشركاء نصيبه فى الأمة خيرت أيضا للسراية (ش) لا . قلنا : السراية واقعة لما سيأتى «مسألة» و إذا عتقت الأمة ففسخت بعد الدخول فلها المسمى إن وطئت قبل العتق ، إذ قد استقر بالوطء (ى) فإن وطئت بعده فمهر المثل إن فسخت، إذ وطئت بعد أن صار معرضا للفسخ، فأشبه الفاسد . قلت : وظاهر المذهب أن الواجب المسمي فيهما ، وهو لسيدها فيهما، إذ قدوجب وهى فى ملكه ، و إن كانت مُفَوَّضَة فلها كما سيأتى فى المهور ، ولا متعة ولا مهر إن فسخت قبل الدخول إذ جاء من جهتها ، قيل : فان لم يسم لها ووطئت بعد العتق فالمهر لها ، قلت : إذ لم يجب لها إلا بالوطء «مسألة» و إذا عتقت الصغيرة والمجنونة لم يخير وليها ، إذ هو خيار شهوة ، فالعبرة بها متى عقلت (فرع) (هب) ولها الخيار ما لم ترض أو تمكن بعد العلم بثبوته ، من وطء أو لمس لشهوة كرد المعيب (حش) إلى ثلاثة أيام لخبر (ع) فى بريرة (عم عا حفصة) ما لم يطأها برضاها، لقوله ﷺ « إن قربك فلا خيار لك » (ى حش) بل فورى لقوله : « فاختارى » والفاء للتعقيب . قلت : ضعيف لقوله ﷺ بعد ذلك « أنا شافع » . (فرع) والقول لها فى نفي العلم بالخيار ،إذ الأصل الجهل ، وكذا العلم بالعتق إن كانت غائبة أو نحوه ، و إلا فلا (فرع) ولو طلقها بعد ثبوت الخيار وقع (قش) إن فسخت لم يقع و إلا وقع . قلنا : لا مانع ، فإن طلقها بعد الفسخ لم يقع إذ لا زوجية كبعد الطلاق .

فصل فى الفسخ بالكفر

« مسألة » وردة أحد الزوجين تقتضى الفسخ إجماعاً، لقوله ﷺ : « المؤمن والكافر لا تراءى نيرانهما » (جط جم) وتبين بنفس الردة إذ هى معنى يبطل النكاح كالموت ، وكقبل

فصل فى الفسخ بالكفر

(قوله) « المؤمن والكافر لاتراءى نيرانهما » تقدم مايتضمن معناه مرارا .

الدخول ، وكالرضاع ، وكذلك أحدهما الآخر (م ى ش) قبل الدخول بالردة و بعده بالعدة ، إذ لم ينفسخ نكاح هند بإسلام أبي سفيان ، ولا عكرمة وصفوان بإسلام زوجتيهما . واستمرار الكفر كالردة . قلنا : لو لم تبن إلا بالعدة لزم تقدمها على البينونة ، أو استئناف عدة أخرى ، ولا قائل بذلك فأما قضية هند فالفسخ بالاسلام يخالف الفسخ بالردة لما سيأتي (ى) الخلاف هنا لفظي إلا أن يوجب (ع) استئناف عدة أخرى . قلت : القياس أن (م بالله) هو الذي يوجب ذلك ثم ليس بلفظي إذ (م) يجعله كاسلام أحدهما فينظر فيه « مسألة » (هب حص) فإن ارتدا معا

(قوله) «إذ لم ينفسخ نكاح هند» . الخ ، في حديث غزوة الفتح أن أباسفيان أسلم بمر الظهران قبل دخول النبي ﷺ مكة ، وامرأته حينئذ بمكة مشركة ، ثم أسلمت بعد دخول النبي ﷺ مكة وبقيا على نكاحهما» . وعن ابن شهاب « أن أم حكيم بنت الحرث بن هشام كانت تحت عكرمة ابن أبي جهل ، فأسلمت يوم الفتح وهرب زوجها عكرمة من الاسلام حتى قدم اليمن فارتحلت أم حكيم حتى قدمت عليه اليمن فدعته إلى الاسلام فأسلم ، وقدم على رسول الله ﷺ عام الفتح ، فلما رآه رسول الله ﷺ وثب عليه فرحا ، وماعليه رداء حتى بايعه ، وثبتا على نكاحهما ذلك » أخرجه الموطأ . وعن ابن شهاب بلغه «أن نساء كن في عهد رسول الله ﷺ أسلمن بأرضهن وهن غير مهاجرات ، وأزواجهن حين أسلمن كفار ، منهن بنت الوليد بن المغيرة ــ وكانت تحت صفوان بن أمية ــ فاسلمت يوم الفتح ، وهرب زوجها صفوان من الاسلام ، فبعث إليه رسول الله ﷺ ابن عمه وهب بن عمير برداء رسول الله ﷺ أمانا لصفوان ، فدعاه رسول الله ﷺ إلى الإسلام . وأن يقدم عليه فان رضي أمراقبله وإلاسيره شهرين ، فلما قدم صفوان على رسول الله ﷺ بردائه ناداه على رؤوس الناس ، فقال : يامحمد ، إن هذا وهب بن عمير جاءني بردائك وزعم أنك دعوتني إلى القدوم عليك ، فان رضيت أمرا قبلته وإلا سيرتني شهرين . فقال رسول الله ﷺ انزل أباوهب . فقال : لا والله لا أنزل حتى تبين لي . فقال رسول الله ﷺ : لك مسير أربعة أشهر . فخرج رسول الله ﷺ قبل هوازن بحنين ، فارسل إلى صفوان يستعيره أداة وسلاحا عنده . فقال صفوان : أطوعا أم كرها ؟ فقال : بل طوعا . فأعاره الأداة والسلاح التي عنده . ثم خرج مع رسول الله ﷺ وهو كافر ، فشهد حنينا وهو كافر وامرأته مسلمة . ولم يفرق رسول الله ﷺ بينه وبين امرأته حتى أسلم صفوان ، واستقرت عنده امرأته بذلك النكاح » . قال ابن شهاب : كان بين إسلام صفوان وبين إسلام امرأته قريب من شهرين . أخرجه الموطأ .

فلافسخ ، إذ لم تختلف ملتهما ، فلم يشملهما قوله ﷺ : «لاتناكح بين أهل ملتين» (ش) بل ينفسخ ، لكن المدخولة بالعدة ، وغيرها بالردة ، كلو ارتد أحدهما . قلت : هنا تحقق اختلاف الدين فافترقا (فر) ينفسخ بردتها ولا تأثير لردته معها . لنا ما مر . وعدم أمر (١) للذين أسلموا بعد الردة بتجديد النكاح . «مسألة» فإن أسلما معا فلا فسخ . قلت إجماعاً ، إذ لم تختلف الملة ، ولا أمر النبي ﷺ من أسلم بتجديد النكاح « مسألة » (هب ش) ولا فسخ باختلاف الدار مع اتفاق الدين ، إذ لا موجب له (الزكية ح) بل ينفسخ ، فلو استأمن أحد الزوجين فدخل دارنا انفسخ نكاحهما ، إذ للدار حكم ، إذ يحكم للمجهول بحكمها . « مسألة » ويحكم لمن حمل به في الاسلام به ، وفي الكفر به ، إذ الصبي مسلم باسلام أحد أبويه كما سيأتي . فلو ولدت لدون ستة أشهر من يوم ردتها فالولد مسلم ونحو ذلك (فرع) (يه فو) وميراث المرتد لورثته المسلمين إن كانوا ، وإلا فلبيت المال لكن إنما يورث بعد لحوقه (ش) بل يوقف حتى يموت أو يقتل (ح) ما كسبه في الاسلام فلهم ، وأما ما بعد الردة فللمصالح . قلت : وسيأتي تحقيق ذلك

فصل فى الفسخ بالاسلام

« مسألة » إذا أسلم أحدهما دون الثاني انفسخ النكاح إجماعاً ، لقوله ﷺ : « لا تناكح بين أهل ملتين » . (فرع) (جم جع) فالحربية المدخولة إنما تبين بمضي العدة ، فهي قبل مضيها كالمطلقة رجعياً ، أي إن أسلم الآخر كان كالرجعة ، لأن له مدانتها مع الكفر . فإن مضت العدة قبل الرجعة بانت . اقتضى ذلك خبر أبي سفيان وعكرمة وصفوان «ولولاه كان اسلام أحدهما كردته»

(قوله) « لاتناكح بين أهل ملتين » هكذا يروى والله أعلم . والذى فى أصول الأحكام عن النبي ﷺ قال : « لا توارث بين أهل ملتين » دل هذا أيضا على قولنا . « لاتناكح بين أهل ملتين » إذ قد حكم الله تعالى بالميراث بين الزوجين .

فصل فى الفسخ بالاسلام

(قوله « اقتضى ذلك خبر أبي سفيان » الخ . تقدم جميع ذلك في الفصل الذى قبل هذا الفصل (تنبيه) وعن ابن عباس «أن رجلا جاء مسلما على عهد رسول الله ﷺ ثم جاءت امرأته مسلمة =

لكن فرق الدليل . فأما غير المدخولة فتبين بنفس الاسلام ، كلو طلقت (فرع) (جط جم) فأما الذمية فلا تبين إلا بأحد أمرين : إما بعرض الاسلام ، و إما بمضى العدة ، مدخولة كانت أم لا ، إذ كفر الذمى أخف ، بدليل جواز تقريره ، لكن إذا عرض عليه الاسلام فامتنع استأنفت المدخولة لا غيرها ، إذ عرض علي (٢) ذمى أسلمت امرأته فعرض عليه الاسلام فامتنع ففرق بينهما بعد امتناعه ولم ينكره أحد (م جم ش) بل حكمهما كالحربيين أسلم أحدهما ، وقد مر . إذ هو معنى أوجب الفرقة فاقتضاها فى الحال كالطلاق . قلنا : فرق خبر (٢) (ع ه) والفرق بين ذلك وردة أحدهما أن كفر الردة أغلظ ، بدليل جواز إقرار الذمى على دينه لا المرتد ، ولأنه قد طعم حلاوة الايمان ، بخلاف الأصلى ، فجعل حكمه أغلظ ، بأن بانت لمجرد الردة من دون انتظار عدة . فأما مضى العدة فموجب للفرقة اتفاقا ، كحربيين أسلم أحدهما (ح) بل يعرض الإسلام على المتأخر منهما ، حربياً كان أو ذمياً ، إن كان فى دار الاسلام ، فإن أسلم بقى النكاح ، و إلا فسخه الحاكم بطلقة . وتعتد المدخولة ، فإن لم يعرض الإسلام فالنكاح باق ما بقيا فى دارنا ، مدخولة كانت أم لا فإن كان المتأخر فى دار الحرب بانت بانقضاء العدة . قلت : لا تأثير للدار بل للملة ، الخبر (ك) إن أسلم الزوج بانت فى الحال ، لا الزوجة ، فبعد العدة فى المدخولة لا غيرها ففى الحال . قلنا : لا وجه له « مسألة » (هب ش ك ف) والفرقة بإسلام أحدهما فسخ لا طلاق ، إذ الملة اختلاف الدين كالردة (ع ح محمد) بل طلاق حيث أسلمت وأبى الزوج ، إذ امتناعه كالطلاق . قلنا : بل كالردة

= بعده ، فقال زوجها : يارسول الله إنها قد كانت أسلمت معى . فردها عليه » أخرجه ابو داود والترمذى . وعن ابن عباس قال . « أسلمت امرأة على عهد رسول الله ﷺ فتزوجت ، فجاء زوجها الأول إلى رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله ، إنى كنت قد أسلمت وعلمت بإسلامى ، فانتزعها رسول الله ﷺ من زوجها الآخر وردها على زوجها الأول » أخرجه أبو داود . وعن ابن عباس قال . « رد رسول الله ﷺ ابنته زينب على أبى العاص بن الربيع بعد ست سنين ولم يحدث شيئا » وفى رواية « بعد سنتين » أخرجه أبو داود والترمذى . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده « أن رسول الله ﷺ رد ابنته زينب على أبى العاص بن الربيع بمهر جديد ، و نكاح جديد » أخرجه الترمذى .

(قوله) « إذ عرض علي (٢) » الخ . لفظه فى الانتصار عن عمر « أنه عرض الاسلام على ذمى أسلمت امرأته الذمية ، ففرق بينهما بعد امتناعه ، ولم ينكره أحد من الصحابة » .

« مسألة » (جط جع) فإن أسلمت عن زوج صغير لم تبن إلا بالعدة أو عرض الاسلام، إذا وقع أيهما بعد بلوغه (م ش) بل بالعدة مطلقاً، وغير المدخولة في الحال . قلنا : بناء على أن لا عبرة بالعرض ، وقد مر دليله « مسألة » فإن أسلم عن ذمية صغيرة مدخولة بانت بالعدة ، فإن أسلم أحد أبويها قبل مضى العدة استقر النكاح ، إذ تصير مسلمة بذلك (ع) أما الصغير الذى أسلمت زوجته فلا تبين بمضى العدة حتى يبلغ و يمتنع عن الاسـلام بعد العرض ، أو مضى العدة ، إذ النكاح حق له ، فلايبطل حقه حتى يبطله هو بامتناعه، بخلاف الصغيرة فلا حق لها،فتبين بالعدة .

فصل فى الفسخ بتجدد الرق [1]

« مسألة » (الأزرق هب ش) و إذا سبى الزوجان انفسخ نكاحهما لعموم : [والمحصنات من النساء إلا ملكت أيمانكم] ولم يفصل بين أن تسبي مع زوجها أم لا (ح) لافسخ إلا حيث سبي أحدهما دون الآخر ، إذ اجتماعهما فى السبى كدخولهما بأمان . قلنا : حدوث الرق رفع ملك الزوج للبضع كسائر أملاكه ، بخلاف الأمان « مسألة » فإن ملك أحد الزوجين الآخر أو بعضه نافذاً انفسخ النكاح ، إذ ملك رقبتهما كملك العين المستأجرة « مسألة » وخيار الصغيرة والمعتقة يفتقر إلى اختيارها اتفاقا (جط جع) ولا يفتقر إلى حكم، لقوله ﷺ لبريرة « ملكت نفسك فاختارى» ولم يعتبر الحكم ، والصغيرة مقيسة (م ى) بل يفتقر ليرتفع الخلاف . قلت : وهو قوى لكن مع التشاجر، لعموم قوله ﷺ : « فإن اشتجروا فالسلطان » وقد أنكر الجوينى خبر بريرة ولعله لم يصح له وقد صح لغيره .

فصل فى ضبط المذهب فيما يحتاج إلى الحكم

« مسألة » الفسخ بالرضاع والردة والإسلام وتجدد الرق وملك أحدهما الآخر لايفتقر إلى حكم، ولا اختيار ، وخيار الصغيرة والمعتقة يفتقر إلى الاختيار ، لاالحكم ، على الخلاف ، وخيار العيب يفتقر إليهما معا كما مر .

---

(١) هذا الفصل و الذى بعده لا تخريج لهما .

باب المعاشرة

« مسألة » عليها تمكين الوطء ولزوم قعر البيت إلا بإذنه ، وله منعها عن المسجد والقبور . ويكره المنع عن زيارة الوالدين ، لاحضور جنازتهما « مسألة » وعليه حسن العشرة ، لقوله تعالى : (وعاشروهن بالمعروف) (ولا تضاروهن) (فأمسكوهن بمعروف) (ولا تمسكوهن ضراراً .) « مسألة » وعلى الولى بعد قبضه المهر أو تأجيله تسليمه بنت الثمان نصاعداً للوطء ، إذ بنى ﷺ بعائشة لتسع . قلت : العبرة بالصلاحية وهي تختلف باختلاف الشخص ، فيرجع إلى ذوات الخبرة مع اللبس (فرع) وفى وجوب المهلة إن طلبت لتهيئتها وجهان : أصحهما . يجب لقوله ﷺ : « لا تطرقوا النساء » .. الخبر . ولا يجب أكثر من ثلاثة أيام كتأجيل الشفيع ، وقيل : لا تجب كتسليم المبيع بعد إيفاء الثمن . لنا الخبر . (فرع) (ى) ولا يجب إمهال الحائض حتى تطهر ، إذ له الاستمتاع فيما فوق الإزار ، بخلاف المريضة والطفلة . إذ الخطر فيهما أعظم (فرع) ولا يجب تسليم مريضة أو صغيرة لا تصلح لتعذر المقصود . قلت : إن خشى عليهما من فرط شهوته وإلا وجب ، إذ له الاستمتاع بغير الفرج . ولا يلزم الزوج تسلم الطفلة إذ لا حضانة

باب المعاشرة

(قوله) «إذ بنى ﷺ بعائشة لتسع» تقدم ذلك (فائدة) ذكر الحريرى والجوهرى أن الصواب أن يقال : بنى الرجل على امرأته ، ولا يقال : بنى بامرأته . وأصله أن العرب كانت عادتهم إذا تزوج الرجل امرأة أن يبنى عليها بيتا أى خباء . والله أعلم .

(قوله) « لا تطرقوا النساء » الخبر . لفظه فى حديث أخرجه البخارى عن جابر عن النبى ﷺ قال . « إذا أطال أحدكم الغيبة فلا يطرقن أهله ليلا » وفى أخرى « نهى أن يطرق أهله ليلا » وفى رواية أن رسول الله ﷺ قال له « إذا جئت من سفر فلا تدخل على أهلك ليلا حتى تستحد المغيبة وتمتشط الشعثة ، وعليك بالكيس» هذه من روايات البخارى ومسلم . وفى رواية الترمذى «أن رسول الله ﷺ نهاهم أن يطرقوا النساء ليلا» وفى رواية لأبى داود قال : «كان رسول الله ﷺ يكره أن يأتى الرجل أهله طروقا » وفى رواية قال : «كنا مع رسول الله ﷺ فى سفر ، فلما ذهبنا لندخل قال : أمهلوا حتى ندخل ليلا — أى عشاء — حتى تمتشط الشعثة وتستحد المغيبة » وفيه روايات وأحاديث أخر.

عليه ، ونحول الزوجة المانع من الوطء لا يقاس على القرن فى التعييب ، إذ المانع هنا غلظ الزوج ، إذ لو كان مثلها سهل وطؤها (فرع) وإذا اجترحت البكر فوق المعتاد مُنِـع الزوج حتى يلتئم ، والقول لها فى عدم البُرْء . « مسألة » وللزوج إجبارها على الغسل من الحيض ليحل له الوطء إجماعاء إذ هو حق له . وله إجبار المكلفة على غسل الجنابة ، وفى الصغيرة وجهان : تجبر إذ يعاف وطء الجنب ، ولا، إذ لا تكليف (ى) إن طالت مدته فله إجبارها و إلا فلا، إذ ليس بمانع . وفى إجبار الذمية -عند من أجاز نكاحها- خلاف (ن قش) تجبر إذ الوطء حق له ولا يحل قبل الغسل (ح) لا ، إذ صولحوا على شريعتهم . قلت : ما لم يتعلق بنا حكم (فرع) وفى إجبارها على قص الظفر وحلق العانة و إزالة الوسخ وجهان : تجبر لئلا يعافها ، ولا ، لإمكان الوطء وليس عليها إلا التمكين (ى) إن تفاحش أجبرت ، إذ يصير كالمانع . وفى منعها أكل الثوم ونحوه وجهان(ى) : أصحهما : تمنع لمنعه كال الاستمتاع ، إلا حيث لا ريح كالمطبوخ . وفى منع المسلم زوجته الذمية من الخمر وجهان (ى) أصحهما المنع ، إذ لا يتميز القدر الذى لا يسكر ، والسكر محرم فى كل شريعة ، لإذهابه العقل . وقيل لا تمنع من دون السكر ، إذ صولحوا عليه . وفى منع الحنفية من شرب المثلث ونحوه مما تستجيزه دونه وجهان (ى) أصحهما له المنع لتأذيه به واستقذاره . قلت : فيه نظر، لأن ريحه لا يعاف فى الغالب « مسألة » وليس له منعها من الزينة بالحرير ونحوه . وله منعها من الخروج من منزله لقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم

(قوله) « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر » الخبر ونحوه . عن معاذ بن جبل عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تأذن فى بيت زوجها وهو كاره ، ولا تخرج وهو كاره » هذا طرف من حديث رواه الحاكم . وعن ابن عباس « أن امرأة من خثعم أتت رسول الله ﷺ فقالت : يارسول الله ، ماحق الزوج على الزوجة ؟ فانى امرأة أيم ، فان استطعت وإلا جلست أيماً . قال : فان حق الزوج على الزوجة إن سألها نفسها وهى على ظهر قتب أن لا تمنعه نفسها ، ومن حق الزوج على الزوجة أن لا تصوم تطوعاً إلا باذنه ، فان فعلت جاعت وعطشت ولم يقبل منها ، ولا تخرج من بيتها إلا باذنه . فان فعلت لعنتها ملائكة السماء وملائكة الأرض وملائكة الرحمة وملائكة العذاب حتى ترجع . قالت : لا جرم ، لا أتزوج أبداً» رواه الطبرانى

الآخر . . » الخبر ونحوه . وقوله ﷺ : « لا تمنعوا إماء الله مساجد الله » ، « لا تمنعوا نساءكم مساجدكم » محمول على القواعد، أو المساجد الخالية : أو عمارة المساجد . ولا يصح حمله على الحج ولا الجمع والأعياد . وله منعها عيادة أبيها وتشييع جنازته ، لقوله ﷺ للتي منعت من ذلك : « اتقي الله ولا تخالفي زوجك » الخبر . ولكن يكره منعها لايحاش الوالد . « مسألة » وقوله تعالى: [ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف] أراد في المعاشرة لا في المؤنة ، فلا شيء عليها إجماعاً . قلت : وقوله [وللرجال عليهن درجة] أراد وجوب امتثالها إياه في لزوم البيت وانتقالها حيث أراد ، وتمكين الوطء . لقوله ﷺ : « إذا دعا أحدكم امرأته إلى فراشه » الخبر ونحوه . وعليه حسن البشاشة لقوله ﷺ . « وخياركم خياركم لنسائه » الخبر ونحوه « مسألة » (هب قين) ولا يلزمه

(قوله) « لا تمنعوا إماء الله » الخ . تقدم في كتاب الصلاة .

(قوله) « اتقي الله ولا تخالفي زوجك » الخبر . حكى في الانتصار عن ثابت البناني عن أنس ابن مالك : « أن رجلا سافر فنهى امرأته عن الخروج ، فمرض أبوها فاستأذنت الرسول ﷺ في عيادته ، فقال لها : ياهذه ، اتقي الله ولا تخالفي زوجك . فمات أبوها ، فاستأذنت الرسول ﷺ في تشييع جنازته ، فقال : ياهذه اتقي الله ولا تخالفي زوجك ، فأوحى الله تعالى إلى الرسول ﷺ : قد غفر لأبيها بطاعتها لزوجها» إ هـ . وفي مجمع الزوائد نحوه ، وفيه « وكان أبوها في أسفل الدار وكانت في أعلاها » وقال : رواه الطبراني في الأوسط ، وفيه عصمة بن المتوكل وهو ضعيف .

(قوله) « إذا دعا أحدكم امرأته » الخ . عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا دعا الرجل امرأته إلى فراشه فأبت أن تجيء فبات غضبان ، لعنتها الملائكة حتى تصبح » وفي رواية أن رسول الله ﷺ قال : « والذي نفسي بيده ، مامن رجل يدعو امرأته إلى فراشه فتأبى عليه إلا كان الذي في السماء ساخطا عليها حتى يرضى عنها» أخرجه البخاري ومسلم. وأخرج أبو داود الأولى فقط . وعن طلق بن علي أن رسول الله ﷺ قال : « إذا دعا الرجل زوجته لحاجته فلتأته وإن كانت على التنور » أخرجه الترمذي .

(قوله) « وخياركم خياركم لنسائه » الخبر ونحوه . عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ . « أكمل المؤمنين إيمانا أحسنهم خلقا ، وخياركم خياركم لنسائهم » رواه الترمذي وابن حبان . وعن عائشة قالت : قال رسول الله ﷺ : « خيركم خيركم لأهله ، وأنا خيركم لأهلي » رواه ابن حبان . وروى ابن ماجه مثله من طريق آخر وكذلك الحاكم .

جماعها إذ الحق له (ك) إذا طال تركه أجبر عليه، فإن أبى فسخ نكاحه ، وعن (قوم) يلزمه فى كل أربعة أيام ، إذ القصد تحصينها كتحصينه . قلت : الحق له ، بدليل أنه لو دعته كل يوم لم يلزمه إجماعاً ، بخلافها (ى) يستحب له لقوله ﷺ : « وأَمسُّ النساء ، فمن رغب عن سنتى فليس منى » ولخشية الفساد عليها (ى) ويكره أن يجمع بين زوجتين فى مسكن واحد إلا برضاها لتأديته إلى الشقاق ، إلا أن لا يجد فيجوز لقوله تعالى : [وعلى المقتر قدره] ويكره وطء إحداهما فى حضرة الأخرى ، لمخالفته المروءه . « مسألة » وندب أن يضع يده على ناصيتها قائلا : بارك الله لكل منا فى صاحبه. وتقديم القبلة والكلام قبل الجماع ، لقوله ﷺ : « إذا أراد أحدكم جماع امرأته » الخبر . وأن يستترا لقوله ﷺ : « فلايتجردا تجرد العيرين . » الخبر . ويقول : « بسم الله اللهم جنبنا الشيطان» الخبر . « مسألة » (الأكثر) ويجوز الجماع من الدبر فى القبل

(قوله) « وأمس النساء » الخ . تقدم .

(قوله) « بارك الله لكل منا فى صاحبه » هكذا ذكر النواوى فى أذكاره ، وقال إنه مستحب ، ولم يرفعه إلى النبى ﷺ . وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده : أن رسول الله ﷺ قال : « إذا تزوج أحدكم امرأة أواشترى خادما فليقل : اللهم إنى أسألك خيرها وخير ماجبلتها عليه ، وأعوذ بك من شرها وشر ماجبلتها عليه . وان اشترى بعيراً فليأخذ بذروة سنامه وليقل مثل ذلك » أخرجه أبوداود ، وزاد فى رواية « ثم ليأخذ بناصيتها وليدع بالبركة فى المرأة والخادم .

(قوله) « إذا أراد أحدكم » الخ . روى عن النبى ﷺ أنه قال : « إذا أراد أحدكم جماع امرأته فليجعل بينه وبينها وصلة ، فقيل : يارسول الله ، وما الوصلة ؟ قال : القبلة والكلام » حكاه فى فى الانتصار ، والله أعلم .

(قوله) « فلايتجردا » الخ . حكى فى الشفاء عن الهادى إلى الحق عليه السلام يرفعه إلى النبى ﷺ أنه قال : « إذا أتى أحدكم أهله فليستترا ولايتجردا تجرد العيرين » اهـ .

(قوله) « ويقول باسم الله » الخ . عن ابن عباس قال : قال رسول الله ﷺ « أمالو أن أحدكم قال إذا أراد أن يأتى أهله ، أوقال حين يأتى أهله : باسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان ، وجنب الشيطان مارزقتنا ثم قدر بينهما فى ذلك ولد لم يضره شيطان أبداً » . أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى .

لقوله تعالى : (فأتوا حرثكم أنى شئتم) وقوله ﷺ : « أما من الدبر فى القبل فنعم » الخبر «مسألة» (ه جميعا أ كثر ها) ويحرم الوطء فى الدبر لقوله ﷺ : « لاتأتوا النساء فى أدبارهن » ونحوه . قلت : ولقوله تعالى : (فأتوهن من حيث أمركم الله) (عم ك عش الامامية) يجوز لعموم : (فأتوا حرثكم) (هن لباس لكم) (فالآن باشروهن) (ى) أما (عم والأمامية) فقصروه على المملوكة لعموم (أو ما ملكت أيمانكم) قلت : بل وقفت على قول الامامية بتجويزه فى

(قوله) «وأما من الدبر فى القبل فنعم» . حكى فى الانتصار عن جابر : « أن اليهود كانت تقول إذا أتى الرجل امرأته من دبرها فى قبلها جاء ولده أحول . فقال النبى ﷺ « أما من قبلها فنعم ، وأما من دبرها فى قبلها فنعم ، وأما فى دبرها فلا ، إن الله لايستحى من الحق ، لا تأتوا النساء فى أدبارهن » ا ه

(قوله) « لاتأتوا النساء فى أدبارهن » ونحوه . عن خزيمة بن ثابت قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله لايستحى من الحق — ثلاث مرات — لاتأتوا النساء فى أدبارهن » رواه النسائى وابن ماجه واللفظ له . والذى فى التلخيص عن الشافعى من حديث خزيمة بن ثابت : «أن رجلا سأل النبى ﷺ عن إتيان النساء فى أدبارهن ، أو إتيان الرجل زوجته فى دبرها ، فقال حلال ، فلما ولى دعاه — أو أمر به فدعى — فقال : كيف قلت فى أى الخربتين ، أو فى أى الخرزتين أو فى أى الخصفتين ؟ أمامن دبرها فى قبلها فنعم ، أما من دبرها فى دبرها فلا ، إن الله لايستحى من الحق ، لاتأتوا النساء فى أدبارهن » (تنبيه) الخربتين تثنية خربة ، بضم الخاء المعجمة وسكون الراء بعدها موحدة . والخرزتين تثنية خرزة ، بوزن الأولى ، ولكن بزاى بدل الموحدة والخصفتين تثنية خصفة بفتحات ، والخاء معجمة والصاد مهملة بعدها فاء . قال : وفى هذا الاسناد عمرو بن أحيحة وهو مجهول الحال ، واختلف فى اسناده اختلافا كثيرا . وعن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « استحيوا فان الله لايستحي من الحق ، ولاتأتوا النساء في أدبارهن» رواه أبويعلى . وعن جابر « أن النبى ﷺ نهى عن محاش النساء » هكذا رواه الطبرانى . وعند الدارقطنى أن رسول الله ﷺ قال . « استحيوا من الله فان الله لايستحى من الحق ، لايحل مأتاك النساء فى حشوشهن » ا ه . وعن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : «لعن الله الذين يأتون النساء فى محاشهن » رواه الطبرانى (ح) المحاش جمع محشة ، والحشوش جمع حش وهما كناية عن الدبر . وعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « ملعون من أتى امرأة فى دبرها » رواه أحمد وأبوداود . وعنه أيضا أن رسول الله ﷺ قال : « من أتى حائضا أو امرأة في دبرها ، أو كاهنا فصدقه ، فقد كفر بما أنزل على محمد» رواه أحمد والترمذى والنسائى وابن ماجه ، وكذلك أبوداود ، إلا أنه قال : «فقد برىء مما أنزل على محمد» وفى ذلك أحاديث أخر .

الزوجة مع كراهة . وذكر أهل المغرب من أصحاب (ك) أنه نص عليه في كتاب له يسمى : « كتاب السر »[1] وعن روح بن عبادة قال : سألت (ك) عن ذلك فقال : الساعة اغتسلت منه . قلنا : قد غلط نافع في الرواية عن (عم) وأنكر الأبهري الرواية عن (ك) وأنكر كتاب السر وكذب الربيع محمد بن الحكم في روايته عن (ش) إذ قد نص على التحريم في ستة كتب (ى) لا وجه للتغليط والتكذيب، إذ المسألة اجتهادية ، فالواجب الحمل على السلامة . قلت : وذكر أبو حامد الجاجرى و بعض أهل المذهب أنها قطعية . ولعل حجته التواتر المعنوى بالتحريم، وإجماع أهل البيت ، فحينئذ فالتغليظ حكم . « مسألة » ويجوز النظر إلى الفرج كوطئه ، قلت : وحديث النهي محمول على نظر باطنه لاستقذاره (ى) ويجوز الاستمتاع بحلقة الدبر لعموم (باشروهن) لكن لا بإيلاج، وكالتقبيل . «مسألة» (الأكثر) ويحرم استنزال المني بالكف ، لقوله تعالى : (فمن ابتغى وراء ذلك) . الآية ، وقوله ﷺ : «ملعون الناكح كفه» (مد عمرو بن دينار) مباح . لنا ما مر « مسألة » ويجوز العزل عن الأمة الملك إجماعا ، لإذنه ﷺ للأنصاري ، ولم يشترط رضاها

(قوله) «وحديث النهي» الخ . حكى في الشفاء عن النبي ﷺ أنه قال : «النظر إلى فرج المرأة يورث الطمس » والله أعلم . وهو في الموضوعات لابن الجوزى بلفظ « إذا جامع أحدكم زوجته أو جاريته فلا ينظر إلى فرجها فإن ذلك يورث العمى » .

(قوله) « ملعون الناكح كفه » هكذا حكاه في الانتصار .

(قوله) « لنا ما مر » قيل أراد ماروى عن النبي ﷺ أنه قال : « ملعون ناكح البهيمة وناكح اليد » وروى عن النبي ﷺ أنه قال « يؤتى بقوم يوم القيامة وبطون أيديهم كبطون الحوامل» وروى عن النبي ﷺ أنه قال : «الاستمناء باليد اللواط الخفي » قيل حكاه ابن أبي الحديد والله أعلم . وفي التلخيص مالفظه : حديث « ملعون من نكح يده » الازدى في الضعفاء وابن الجوزى من طريق الحسن بن عرفة في جزئه المشهور ، من حديث أنس بلفظ «سبعة لا ينظر الله إليهم » فذكر منهم الناكح يده » . وإسناده ضعيف . ا هـ .

(قوله) « لاذنه ﷺ للانصاري » عن جابر أن رجلا أتى إلى الرسول ﷺ فقال : إن لي جارية هي خادمنا وسانيتنا في النخل ، وأنا أطوف عليها وأكره أن تحمل . فقال : اعزل عنها إن شئت ، فانه سيأتيها ماقدر لها . فلبث الرجل ثم لقاه فقال إن الجارية قد حبلت ، فقال : ألم أخبرك أنه يأتيها ما قدر لها » هذه إحدى روايات مسلم .

(١) حقق العلامة الحطاب في شرح مختصر خليل أن كتاب « السر » باطل عن الامام مالك فلا اعتداد بما ينسب إليه من أقوال في هذا الكتاب .

(م هب) ويحرم من الزوجة الحرة إلا برضاها، لنهيه ﷺ عنه إلا بإذنها، وإذ فيه إضرار فاعتبر الرضا (ى) يجوز مطلقة، إذ ليس بأعظم من ترك الوطء. ولرواية الخدرى «سئل عنه ﷺ فقال ولم يفعل ذلك أحدكم» ولم ينكره. وقيل: يحرم مطلقا لقوله ﷺ ـ وقد سئل عنه ـ «ذلك الوأد الخفى» وقيل يحرم فى الحرة ويجوز فى الأمة الزوجة، لئلا يرق ولده، ولو شرط حريته، إذ لا يأمن الحيلة، وقيل برضاها، وقيل برضا سيدها. لنا ما مر. ولا وجه للتحريم، والخبر معارض بما رويناه وبالقياس على ترك الوطء، فيحمل على الكراهة (فرع) (ى) وإذا جاز العزل جاز تغيير النطفة والعلقة والمضغة إذ لا حرمة لجماد، وكجواز منع النسل بالعزل. «مسألة» (ى) ويعمل فى الصلاحية للوطء بقول ذوات الخبرة، ويحرم حيث يطلع عليهما لقوله ﷺ: «احفظ عورتك.» الخبر (م)

(قوله) «إلا بإذنها» حكى فى الشفاء عن أبى هريرة عن النبى ﷺ «أنه نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها» اهـ. وفى التلخيص ما لفظه: حديث ابن مسعود وابن عباس: «تستأذن الحرة فى العزل» أما أثر ابن مسعود فرواه ابن أبى شيبة من طريق يحيى بن أبى كثير عن سوار الكوفى عنه قال: «تستأمر الحرة ويعزل عن الأمة». وأما أثر ابن عباس فرواه عبد الرزاق والبيهقى من طريق عطاء عنه قال: «نهى عن عزل الحرة إلا بإذنها» ورواه ابن أبى شيبة من طريق ابن أبى مليكة عنه: «أنه كان يعزل عن أمته». وروى مرفوعا ـ أخرجه ابن ماجه ـ «أن النبى ﷺ نهى أن يعزل عن الحرة إلا بإذنها» وفيه ابن لهيعة. وفى رواية لمسلم عن جابر قال: «كنا نعزل على عهد رسول الله ﷺ فبلغ ذلك النبى ﷺ فلم ينهنا».

(قوله) «لرواية الخدرى».. الخ. فى إحدى روايات حديث أخرجه الستة عن أبى سعيد الخدرى قال. «ذكر لرسول الله ﷺ العزل فقال: ولم يفعل ذلك أحدكم؟ ولم يقل فلا يفعل ذلك أحدكم، فإنه ليست نفس مخلوقة إلا الله خالقها» اهـ. لكنه وارد فى السبايا فلا يصلح دليلا على المطلوب هنا، والله أعلم.

(قوله) «ذلك الوأد الخفى» عن جزامة الأسدية قالت: «حضرت رسول الله ﷺ فى أناس وهو يقول: لقد هممت أن أنهى عن الغيلة فنظرت فى الروم وفارس فإذا هم يغيلون أولادهم فلا يضر ذلك أولادهم شيئا. ثم سألوه عن العزل فقال رسول الله ﷺ ذلك الوأد الخفى» وهو (وإذا الموءودة سئلت) أخرجه الستة إلا البخارى.

(قوله) «احفظ عورتك» الخبر. عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده ـ وكانت له صحبة ـ قال: «قلت يارسول الله عوراتنا وما نأتى منها وما نذر؟ قال: احفظ عورتك إلا من زوجتك أو ما ملكت يمينك. قلت: يارسول الله، فالرجل يكون مع الرجل، قال: فإن استطعت أن لا يراها أحد فافعل. قلت: فالرجل يكون خاليا؟ قال: فالله أحق أن يستحى منه الناس» أخرجه أبو داود والترمذى.

« نهى ﷺ عن أن يجامع الرجل زوجته وعنده أحد حتى الصبى فى المهد » قلت : مبالغة (هب) ويكره الكلام حاله (ى) لا دليل على ذلك فيباح . قلت : بل دليله القياس على قضاء الحاجة إذ هو استخراج قذر من الفرج فأشبه البول « مسألة » وعليها تمكينه من الاستمتاع بأى أعضائها لقوله ﷺ : « إذا دعا أحدكم امرأته .. » الخبر ونحوه . وندب حسن التبعل لقوله ﷺ : « خير النساء العفيفة فى فرجها الغلمة لزوجها » ، وقوله ﷺ : « من إذا نظرت إليها سرتك » فأما الوطء المحرم كفى الدبر أو فى الحيض أو فى الملأ فلا، لقوله ﷺ : « لا طاعة لمخلوق فى معصية الخالق » وعليها طاعته فى التكرار وفى أى وقت، وعلى أى حال مالم يجترح الفرج أو تخف ضرراً، لعموم قوله تعالى : (فأتوا حرثكم أنى شئتم) (هن لباس لكم) . « مسألة » ولا يلزمها إعانته فى حرفته إجماعاً (ن ط م قين) ولا فى المعيشة من خبز وطحن وطبخ ونحوها، لقوله تعالى : (نساؤكم حرث لكم) فلم يوجب سوى الحرث (ه) بل يلزمها القيام بما داخل المنزل وعليه ما خارجه (ط) أراد ندباً لا وجوباً ، لنصه على أن إرضاع ولدها لا يلزمها إلا بأجرة ، و إذا سقط فى حق ولدها فغيره أولى (م) بل أراد الأمور الخفيفة كبسط الفرش وتسخين الماء ومناولة الكوز، لقضائه ﷺ على فاطمة بإصلاح ما داخل (ط) ندباً أيضاً لا حتماً . « مسألة » وندب للزوجة التواضع، لقوله:

(قوله) « نهى رسول الله ﷺ أن يجامع زوجته وعنده أحد حتى الصبى فى المهد » هكذا حكاه فى الشفاء عن الهادى عليه السلام عن النبى ﷺ .

(قوله) « إذا دعا أحدكم امرأته » الخبر ونحوه تقدم .

(قوله) « خير النساء العفيفة » . تقدم

(قوله) « من إذا نظرت إليها سرتك » لفظه عن أبى هريرة قال : « قيل لرسول الله ﷺ : أى النساء خير ؟ قال : التى تسره إذا نظر، وتطيعه إذا أمر ، ولا تخالفه فى نفسها وما لها بما يكره » أخرجه النسائى .

(قوله) « لقضائه على فاطمة » الخ . حكى فى الشفاء عن الهادى إلى الحق « أن رسول الله ﷺ قضى على فاطمة عليها السلام بخدمة البيت ، وعلى على عليه السلام بما خارج المنزل » اه .

ﷺ « لو أمرت أحداً أن يسجد لأحد ..» الخبر . والزوج احتمال الأذى ، إذ دفعت حفصة فى صدره ﷺ فزجرها (٢) فقال « مهلا فإنهن يفعلن أكثر من هذا » قلت : ولقوله ﷺ : « المرأة كالضلعة العوجاء . » الخبر . ويداعبها إلى حد لا يذهب هيبته ، ولا يتعنتها فى إساءة الظن بها غيرة عليها ، ولا يغفل عما لا يؤمن غائلته . ولا يسرف ولا يقتر فى الانفاق عليها . ويتعلم أحكام الحيض والنفاس اتقاء للمحظور ، ويسمى ويقرأ الإخلاص قبل الجماع ليطرد الشيطان . وندب لها العطر والتنظيف لقوله ﷺ : « ملعونة من عطلت نفسها على زوجها » . ويكره افتخارها بمال أو جمال أو نسب ، لقوله ﷺ : « هو جنتك ونارك . » الخبر . وندب كونها من

(قوله) « لو أمرت أحدا » الخ : لفظه عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد لأمرت الزوجة أن تسجد لزوجها » أخرجه الترمذى . وعن قيس بن سعد عن النبي ﷺ أنه قال : « لو كنت آمراً أحداً أن يسجد لأحد ، لأمرت النساء أن يسجدن لأزواجهن ، لما جعل الله لهم عليهن من الحق » هذا طرف من حديث أخرجه أبو داود .

(قوله) «إذ دفعت حفصة» الخ . روى « أن عمر رأى ابنته حفصة دفعت فى صدر النبي ﷺ فزجرها عمر ، فقال له النبي ﷺ : مهلا يا عمر ، فإنهن يفعلن أكثر من هذا » هكذا حكاه فى الانتصار .

(قوله) « المرأة كالضلعة » الخبر . لفظه عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « المرأة كالضلع إن أقمتها كسرتها ، وإن استمتعت بها استمتعت بها وفيها عوج » أخرجه البخارى والترمذى ولمسلم نحوه . وفى رواية أخرى قال : قال رسول الله ﷺ : « استوصوا بالنساء خيرا فان المرأة خلقت من ضلع ، وإن أعوج ما فى الضلع أعلاه ، فان ذهبت تقيمه كسرته ، وإن تركته لم يزل أعوج ، فاستوصوا بالنساء » . اهـ .

(قوله) « ملعونة من عطلت نفسها عن زوجها » حكاه فى الانتصار .

(قوله) « هو جنتك ونارك » عن حصين بن محصن أن عمة له أتت النبي ﷺ فقال لها أذات زوج ؟ قالت : نعم ، قال فأين أنت منه ؟ قالت : ما آلوه إلا ما عجزت عنه . قال : وكيف أنت له ؟ فانه جنتك ونارك » رواه أحمد والنسائى والحاكم .

الأجانب لقوله ﷺ : « لا تنكحوا فى القرابة . » الخبر . وتلزم قدر البيت لقوله تعالى : (وقرن فى بيوتكن) وتغزل لقوله ﷺ : « نعم خلق المرأة المغزل » ، ويكره صوم النفل إلا باذنه ، لقوله ﷺ : « لا يحل لامرأة . » الخبر . وعليها الانقياد له فى كل حال إذ قالت امرأة ، « من أعظم الناس حقا على المرأة ؟ قال : زوجها » الخبر ، ونحوه «مسألة» و إذا امتنعت عمل بالآية فوعظها ، فإن لم يؤثر هجرها فى المضجع ما أمكن ، فإن لم تؤثر ضربها غير مبرح ، لا يغير وجها ولا يكسر عظما ، إذ كان ابن الزبير يضرب نساءه بعود المشجب .

(قوله) « لاتنكحوا فى القرابة » الخبر . روى عن النبى ﷺ أنه قال . « لا تنكحوا فى القرابة القريبة ، فانه يورث ضآلة فى الولد» هكذا حكاه فى الانتصار . ولفظه فى التلخيص حديث « لاتنكحوا القرابة القريبة فان الولد يخلق ضاويا » هذا الحديث تبع فى إيراده إمام الحرمين والقاضى الحسين ، وقال ابن الصلاح : لم أجد له أصلا معتمداً » ا هـ . وقد وقع فى غريب الحديث لابن قتيبة قال : جاء فى الحديث « اغتربوا لاتضووا » وفسره فقال : هو من الضاوى وهو النحيف الجسم ، يقال اضوت المرأة إذ أتت بولد ضاو . ا هـ ثم حكى عن الشافعى قال : « أيما أهل بيت لم يخرج نساؤهم إلى رجال غيرهم كان فى أولادهم حمق » وحكى عن عمر أنه قال لآل السائب : « قد أضوأتم فانكحوا فى النوابغ » يعنى الغرائب والله أعلم .

(قوله) « نعم خلق المرأة المغزل » وفى حديث آخر : « عمل الرجال الأبرار الخياطة ، وعمل النساء الصوالح المغزل » حكي هذين الخبرين فى الانتصار .

(قوله) «لايحل لامرأة » الخبر . تمامه : «أن تصوم وزوجها شاهد إلاباذنه» وقد تقدم .

(قوله) « من أعظم الناس حقا » الخ . عن عائشة قلت : « سألت رسول الله ﷺ أى الناس أعظم حقاً على المرأة ؟ قال : زوجها . قلت : فأى الناس أعظم حقا على الرجل ؟ قال أمه » رواه البزار والحاكم . وعن ابن عباس قال : « جاءت امرأة إلى النبى ﷺ فقالت : يارسول الله أنا وافدة النساء إليك ، هذا الجهاد كتبه الله على الرجال فان أصيبوا أجروا ، وإن قتلوا كانوا أحياء عند ربهم يرزقون ، ونحن معشر النساء نقوم عليهم ، فمالنا فى ذلك ؟ . قال : فقال رسول الله ﷺ : أبلغى من لقيت من النساء أن طاعة الزوج واعترافا بحقه تعدل ذلك ، وقليل منكن من يفعله » هكذا رواه البزار ، وللطبرانى أبسط منه وفى معناه أحاديث أخر .

(قوله) «إذ كان الزبير» الخ . حكي فى الكشاف عن أسماء بنت أبى بكر قالت : كنت رابعة أربع نسوة عند الزبير بن العوام ، فاذا غضب على إحدانا ضربها بعود المشجب حتى يكسره عليها» اهـ.

فصل

(الأكثر) ووليمة العرس مستحبة كغيرها (تش) بل واجبة لقوله ﷺ : «أولم ولو بشاة» والأمر للوجوب . قلنا معارض بقوله ﷺ : [ليس فى المال حق سوى الزكاة] فحمل على الندب جمعا بين الأخبار (فرع) وأقل ما يولم به شاة للخبر، فإن لم يجد فدونها ، إذ «أولم ﷺ على صفية بسويق وتمر» (فرع) (ه ش) والإجابة إليها مستحبة كغيرها (تش) بل واجبة لقوله ﷺ : «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم» وقوله ﷺ : «أجيبوا الداعى فإنه ملهوف» أى

فصل : ووليمة العرس مستحبة

(قوله) «أولم ولو بشاة» عن أنس «أن رسول الله ﷺ رأى على عبد الرحمن بن عوف أثر صفرة فقال : «ماهذا ؟ قال : يارسول الله إنى تزوجت امرأة على وزن نواة من ذهب ، قال: فبارك الله لك ، أولم ولو بشاة» أخرجه الستة .

(قوله) «ليس فى المال حق سوى الزكاة» تقدم الكلام فيه .

(قوله «بسويق وتمر» عن أنس «أن النبى ﷺ أقام بين خيبر والمدينة ثلاث ليال يبنى بصفية ، فدعوت المسلمين إلى وليمته ، وما كان فيها من خبز ولا لحم ، إلا أن أمر بالأنطاع فبسطت فالقى التمر والأقط والسمن . فقال المسلمون : إحدى أمهات المؤمنين أو مماملكت يمينه ؟ فقالوا : إن حجبها فهى إحدى أمهات المؤمنين . وإن لم يحجبها فهى مماملكت يمينه ، فلما ارتحل وطأ لها خلفه ومد الحجاب» أخرجه البخارى والنسائى . وهذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه مسلم . وفى رواية أخرى «ان النبى ﷺ أولم على صفية بنت حيي بسويق وتمر» أخرجه أبو داود والترمذى . وفى ذلك روايات أخر .

(قوله) «من لم يجب الدعوة» الخ . لفظه عن الأعرج أن أبا هريرة كان يقول : «شر الطعام طعام الوليمة ، يدعى له الأغنياء ويترك المساكين ، ومن لم يأت الدعوة فقد عصى الله ورسوله» وفى رواية : «يمنعها من يأتيها ، ويدعي إليها من يأباها» والباقى كما سبق أخرجه البخارى ومسلم . وأخرج الموطأ وأبو داود الأولى . وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «إذا دعي احدكم إلى وليمة فليأتها» أخرجه البخارى ومسلم والموطأ وابو داود .

(قوله) «أجيبوا الداعى فانه ملهوف» حكاه فى الانتصار .

شديد الرغبة إلى الإجابة، كالملهوف لفقد حبيبه . قلنا القياس على سائر الطعامات والمآدب منع التحتم . (فرع) (ه ش) ولا تجب إلى غيرها من الولائم كما سيأتى . « مسألة » (الأكثر) وما حرم من الملاهى فى غير النكاح حرم فيه . لعموم النهي (خعى وغيره) مباح فى النكاح لقوله ﷺ : « واضربوا عليه بالدفوف » فيقاس المزمار وغيره قلنا : هذا لاينافى عموم قوله ﷺ : « إنما نهيت عن صوتين أحمقين » الخبر ونحوه . فيحمل على ضربة غير ملهية (فرع) (ى) دف الملاهى مدور، جلده من رق أبيض ناعم فى عرضه سلاسل، يسمى الطار، له صوت يطرب لحلاوة نغمته، وهذا لا إشكال فى تحريمه وتعلق النهي به . وأما دف العرب فهو على شكل الغربال خلا أنه لا خروق فيه، وطوله إلى أربعة أشبار، فهو الذى أراد ﷺ، إذ هو المعهود حينئذ . (ط ه) وهو محرم أيضا إذ هو آلة لهو فيمزق إن ظفر بها كالمزمار ونحوه . قلت : ولعله يقول الخبر منسوخ (م ه) بل يكره فقط وهى فى الأحكام (ع حص) بل مباح، لقوله ﷺ : « واضربوا عليه بالدفوف » ولقوله ﷺ : « فصل ما بين الحلال والحرام الدف » ولتقريره ﷺ أم نبيط حين رآها تُدَفِّف وترتجز فى عرس (ى) فأما ضرب طبل الحرب والزير والبم وطبق الصفر، وما أشبهه وجميع الكوسات فلا بأس به إذ لم توضع للهو .

(قوله) «لعموم النهي» سيأتى .

(قوله) « فاضربوا عليه بالدفوف » تقدم مايتضمنه .

(قوله) « إنما نهيت » الخ . عن جابر قال : « أخذ النبى ﷺ بيد عبد الرحمن بن عوف فانطلق به إلى ابنه ابراهيم فوجده يجود بنفسه، فأخذه النبى ﷺ فوضعه فى حجره فبكى، فقال له عبد الرحمن اتبكى ؟ أو لم تكن نهيت عن البكاء . قال : لا، ولكن نهيت عن صوتين أحمقين فاجرين : صوت خمش وجوه، وشق جيوب، ورنة شيطان » وفى الحديث كلام أكثر من هذا . هكذا أخرجه الترمذى وسيأتى غيره إن شاء الله تعالى .

(قوله) « واضربوا بالدفوف » تقدم بنحوه .

(قوله) «فصل ما بين الحلال والحرام الدف» تمامه «والصوت» أخرجه الترمذى والنسائى .

(قوله) «ولتقريره ﷺ أم نبيط» الخ . روى عن أم نبيط أنها قالت : أهدينا فتاة من بنى النجار إلى زوجها، فصيت وأنا أضرب بالدف فى نسوة من بنى النجار وأنا أقول :

أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم
فلولا الذهب الأحمر ماحلت بواديكم

فصل

والنثار – بضم النون وكسرها – هو ما ينثر فى النكاح أو غيره . « مسألة » (بص) ثم (ق ح أبوعبيد وابن المنذر من صش) وهومباح إذ ما نثره مالكه إلا إباحة له (ى) ولاقول للهادى فيه ، لانصاً ولاتخريجا (طامه لى ابن شبرمة) ثم (ش ك) بل يكره لمنافاته المروءة والوقار (الصيمرى) يندب ويكره الانتهاب لذلك . قلت : الأقرب ندبها لخبر جابر : حضر ﷺ إملاكا، إلى قوله : فجاذبنا وجاذبناه » ولأمره ﷺ فى إنثار فاطمة (فرع) وجنسه الجوز واللوز والسكر والتمر والزبيب والدراهم والدنانير ونحوها مما يلتقط، لا الأسلحة والأثواب ومالاينقل (ى) والأولى الجوز واللوز والسكر والتمر والزبيب . قلت : العبرة بالأعلى فى الناحية (ى) الأولى ترك الانتهاب لما مر، وفعله ﷺ بيان للرخصة . قلت: بل الظاهر الندب لما مر . (فرع) ومن مد ثوبه فله ماوقع فيه

فاستقبلنا رسول الله ﷺ فقال : « ماهذا يا أم نبيط ؟ فقلت : يارسول الله أهدينا فتاة من بنى النجار إلى زوجها . فقال : ما الذى كنتم تقولون ؟ فأعادت عليه ما كانت تقول . فأقرها ﷺ ولم ينكر عليها » حكاه فى الانتصار . وعن عائشة قالت . زففنا امرأة إلى رجل من الأنصار فقال رسول الله ﷺ . أما يكون معكم لهو ، فان الأنصار يعجبهم اللهو » أخرجه البخارى .

فصل فى النثار

(قوله) « لخبر جابر » . روى عن جابر عن النبى ﷺ « أنه حضر إملاكا ، فلما فرغ من العقد قال : أين أطباقكم ؟ » فجاءوا بأطبق عليها جوز ولوز وتمر ، فنثرت ، قال جابر : فقبضنا أيدينا . فقال ﷺ : مالكم لاتأخذون ؟ قالوا : لأنك نهيتنا عن النهبى ، قال : إنما نهيتكم عن نهبى الغنائم ، فخذوا على اسم الله تعالى ، فجاذبنا وجاذبناه» . حكاه فى الانتصار ، ونحوه فى التلخيص لكن ليس فيه « أين أطباقكم » وفيه العساكر مكان لفظة الغنائم . وقال عقيبه : هذا لانعرفه من حديث جابر ، وتبع – يعنى الرافعى – فى إيراده عنه الغزالى والامام والقاضى حسين . نعم ، رواه البيهقى عن معاذ بن جبل ، وفى إسناده ضعف وانقطاع . وحكى فى الشفاء أن النبى ﷺ « لما أراد أن يزوج فاطمة من على أمرنا باحضار طبق من بسر وقال : انتهبوا النثار » اهـ والذى رواه البزار عن جابر قال : حضرنا عرس على وفاطمة فما رأينا عرسا كان أحسن منه . حشونا الفراش – يعنى من ليلة عرسها – بالليف، وأتينا بتمر وزبيب فأكلنا ، وكان فراشها إهاب كبش .

كالشبكة ، فإن سقط منه شيء ففي جواز أخذه تردد (ى) الأصح لا يجوز . إذ قد ملكه الأول ، وكذا انتهاب الناهب و إحضاره يغني عن الإباحة ، وقيل : لا ، قلنا : القرينة كافية (ى) وإنما يؤكل بالاباحة كالطعام ،وله الرجوع ما لم يمضغ على الخلاف فى الطعام . قلت : وفيه نظر ، إذ قد جعلوا له حكم الملك بعد الاحراز كما مر :

فصل

والنشوز فى عرف اللغة الميل ، وفى الشرع مخالفة ما تقتضيه المودة بين الزوجين « مسألة » فنشوزها منعه الاستمتاع لا على وجه حسن التبعل ، لامجرد الشتم له وفعل مالا يرضاه ما لم تخرج من بيته و إن استحقت التأديب ، وفى كونه إلى الزوج أو الحاكم تردد (فرع) ونشوزها يسقط حقوقها غير المهر، إذ هى عوض الاستمتاع ، ويجوز ضربها وهجرها للآية (هب بعض ش) ولا ضرب إلا بعد الوعظ ثم الهجر ، ولا يجمع بينهما كالنهي عن المنكر (الصيمرى) بل يجمع بينهما لظاهر الآية ، قلنا : القياس مقيد لها . (فرع)والهجر إنما هو فى المضجع للآية ، لا فى الكلام فلا تحل فوق ثلاث للخبر ، ولا يضربها ضرباً مبرحا ، وهو ما أدمى أو خشى منه تلف نفس أو عضو، ولا يزيد عدده على الحد ويتوقى الوجه والمراق ، وقوله ﷺ : « لا تضربوا إماء الله »

فصل : والنشوز الخ

(قوله) «للخبر» . عن أبي ايوب أن رسول الله ﷺ قال : « لايحل لمسلم ان يهجر أخاه فوق ثلاث ليال ، يلتقيان فيعرض هذا و يعرض هذا ، وخيرهما الذى يبدأ بالسلام» أخرجه الستة إلا النسائي . وفى ذلك أحاديث أخر . وعن حكيم بن معاوية عن أبيه قال : « قلت يارسول الله ماحق زوج إحدانا عليه ؟ قال . تطعمها إذا طعمت، وتكسوها إذا اكتسيت، ولاتضرب الوجوه ولاتقبح، ولاتهجر إلا فى البيت » أخرجه النسائي وابوداود . وقال لاتقبح لاتقل قبحك الله .

(قوله) « ولا يزيد على عدد الجلد » فى الجامع عن عبد الله بن زمعة قال : قال رسول الله ﷺ . « لا يجلد أحدكم امرأته جلد العبيد لعله يجامعها ، أو قال . ـ يضاجعها ـ آخر اليوم» أخرجه البخاري .

(قوله) « لاتضربوا إماء الله » عن إياس بن عبد الله بن أبي ذباب قال : قال رسول الله

منسوخ بإذنه بعد ذلك فى رواية (٢) «كنا معشر قريش» . الخبر وعن بعضهم : الهجر وضع الهجار فى عنقها إلى رجلها كعقل البعير ، وليس بشىء «مسألة» فإن نشز الزوج عما يعتاده من طيب عشرته فلها استرضاؤه بترك بعض حقوقها المالية له ، لقوله تعالى : (و إن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً) الآية . و يطيب له ما لم يخل بواجب . وعليها التواضع له ، لقوله تعالى : (وللرجال عليهن درجة) وجملة خصائصهم عشر الطلاق : والايلاء والظهار والضرب والمنع من الخروج والزيادة فى فى الميراث، وإسقاط الحد باللعان ، وتحمل المؤنة ووجوب امتثال أمره ما لم يتعد ، لقوله ﷺ : «لأمرت المرأة أن تسجد لزوجها» والامامة والقضاء وحضور الأعياد والجمع . «مسألة» فإن التبس الناشز منهما فالعدلة ، فإن بلغا إلى التضارب فالحكمان (هب ح مد قش) والمراد بهما وكيلاهما المخاصمة عند التحاكم ، إذ قال على عليه السلام : أتدريان ماعليكما ؟ إن رأيتما أن تجمعا جمعتما.

ﷺ «لا تضربوا إماء الله ، فجاء عمر إلى رسول الله ﷺ فقال . ذئرت النساء على أزواجهن فرخص فى ضربهن ، فأطاف بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن فقال رسول الله ﷺ : لقد أطاف بآل محمد نساء كثير يشكون أزواجهن ليس أولئك بخياركم» أخرجه أبو داود .

(قوله) «كنا معشر قريش» الخبر . روى عن عمر بن الخطاب أنه قال . «كنا معشر قريش تغلب رجالنا نساءنا، فقدمنا المدينة فوجدنا نساءهم تغلب رجالهم ، فخلطت نساؤنا نساءهم فذئرت على أزواجهن، فأتيت النبى ﷺ فقلت : يارسول الله ، ذئرت النساء على أزواجهن ، فأذن رسول الله ﷺ بضربهن ، فأطاف بآل رسول الله ﷺ نساء كثير كلهن يشكون أزواجهن فقال النبى ﷺ . لقد أطاف بآل محمد سبعون امرأة كلهن يشكون أزواجهن ، وما أولئك بخياركم» هكذا حكاه فى الانتصار «ح» يقال ذئرت المرأة بذال معجمة مفتوحة ثم همزة مكسورة ثم راء مهملة ، إذا نشزت ونفرت .

(قوله) «إذ قال على عليه السلام» إلخ . حكى فى الكشاف ونحوه فى التلخيص ونسبه إلى الشافعى والنسائى فى الكبرى ، والدارقطنى والبيهقى ، قال : وإسناده صحيح . قلت : ولفظه فى الكشاف عن عبيدة السلمانى قال : شهدت عليا وقد جاءته امرأة وزوجها ، ومع كل واحد فئام من الناس ، فأخرج هؤلاء حكما وهؤلاء حكما ، فقال على عليه السلام للحكمين : أتدريان ما عليكما ؟ إن عليكما إن رأيتما أن تفرقا فرقتما ، وإن رأيتما أن تجمعا جمعتما . فقال الزوج : أما الفرقة فلا ، فقال على : كذبت ، والله لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك . فقالت المرأة : رضيت بكتاب الله لى وعلى» . إهـ . وفى الشفاء نحوه «ح» عبيدة هذا بفتح العين ، والسلمانى بفتح اللام فى رواية الكشاف ، وبإسكانها عند ابن الأثير ، والله أعلم .

وإن رأيتما أن تفرقا فرقتما فقالت : رضيت بكتاب الله لي وعلي . فقال الزوج : أما الجمع فنعم . وأما الفرقة فلا . فقال علي عليه السلام : كذبت ، حتى يحكم كتاب الله لك أو عليك ، فاعتبر التراضي بحكمهما . ولو كانا حاكمين لم يعتبر كالحاكم الأعم (مى حق ك ش) بل حكمان حقيقة ينصبهما الحاكم لظاهر الآية . وقوله تعالى (فابعثوا حكما من أهله) فالخطاب لغيرهما ، فلا يعتبر رضاهما ، كالحاكم الأعم . قلنا: الحكم في اللغة من تراضى الخصمان بحكمه ، بخلاف الحاكم ، فافترقا.

(فرع) وندب كونهما من أهل الزوج والزوجة ، لبعث (٢،٣) ليحكما بين زوجين من بني هاشم و بني عبد شمس ، الخبر . ويجوز كونهما أجنبيين كالوكيلين (فرع) وعليهما بعد مخاصمة كل من الزوجين أن يجتهدا في الجمع بالتراضي ، فإن تعذر فالفرقة على عوض أوغيره ،حسبما يريان.

(فرع) وشرطهما : الحرية والتكليف والإسلام والتمييز بين الحق والباطل ، ليمكنهما الحكم بالقسط. و يصح حكمهما مع غيبة الزوجين كالوكيل ،فإن جن الزوجان أوأحدهما لم يصح لبطلان الوكالة بالجنون

فصل في القسم بين الزوجات

«مسألة» القسمة غير واجبة ، بل له الانفراد عنهن ، إذ الاستمتاع حق له لا يلزمه استيفاؤه . فإن أراده من البعض جاز (فرع) (الأكثر) فإن قسم وجب التسوية ، لقوله تعالى (فلا تميلوا كل الميل) وقوله ﷺ « من كانت له زوجتان فمال إلى إحداهما » الخبر . ونحوه ،

(قوله) « لبعث عمر » الخ . روى أن رجلا وزوجته اختصما فترافعا إلى عمر ، وأحدهما من بني هاشم ، والآخر من بني عبد شمس ، فبعث ابن عباس وعثمان حكمين بين الزوجين ، فرجعا ولم يصلحا ، فقال لهما عمر : ما قصدتما وجه الله ، فإن الله يقول (إن يريدا إصلاحا يوفق الله بينهما) . هكذا في الانتصار ، والذي حكاه في الشفاء (أنه وقع بين عقيل بن أبي طالب وبين زوجته شقاق ، وكانت من بني أمية ، فبعث عثمان حكما من أهله وهو ابن عباس ، حكما من أهلها وهو معاوية) ومثله في التلخيص ، وسمي الزوجة فاطمة بنت عقبة .

فصل في القسم بين الزوجات

(قوله) « من كان له زوجتان » الخ . عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال : « من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل » هذه رواية أبي داود . وعند النسائي « يميل لاحداهما على الأخرى جاء يوم القيامة أحد شقيه مائل » وفي رواية الترمذي : « من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط »

ولفعله ﷺ بين نسائه ، حتى قال «اللهم هذا قسمي فيما أملك» الخبر . قلت : ولم تكن التسوية واجبة عليه خصوصاً لقوله تعالى (ترجي من تشاء منهن) الآية ـ وعن قوم مجاهيل : من له زوجتان فله أن يبيت مع إحداهما ليلة ، ومع الأخرى ثلاثاً ، إذ له أن ينكح أربعاً ، فله إيثار أيهما شاء بليلتين . ومثله عن (ن) لكن حمله أصحابه على الحكاية ، دون أن يكون مذهبه . قلنا :الليلتان لا تستحقان قبل نكاح الأربع ، فلا وجه لما قالوه (فرع) وإذا قسم فله البداءة بأيهن شاء (ش) بل بقرع . قلنا : لا أصل للقرعة هنا «مسألة» وللزوجة الأمة نصف ما للحرة ، لقوله ﷺ « للحرة الثلثان » الخبر . ونحوه (ك قع) بل يستويان . لنـا الخبر (ه قين البيهقي) ولا تجب قسمة بين المملوكات والمستولدات ، إذ لا دليل إلا في الزوجات (ك ل) بل تجب ، إذ شرعت لدفع الأذى ،فلا فرق . لنا قوله تعالى (فان خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم) وهـذا كالصريح فيما ذكرنا . وإذ لا حق لهن في الوطء ، إذ لا إيلاء ولا ظهار منهن « مسألة » ويلزم القسم المريض والمجبوب والعنين والمحرم ، رعاية للنصفة . والمجنون حيث لا وحشة منـه ، وقد سبق منه القسم حال عقله ، فيقضي البواقي بأمر الولي كالدين ، إما بأن يأتين إلى منزله ليلة ليلة ، أو بأن يأتيهن إلى منـازلهن كذلك ، أو يأتي بعضاً ويأتيه بعض . وإن كان يفيق ويجن فوقف مع إحـداهن حال الافاقة لم يحتسب بما وقف مع الأخرى حال جنونه ، لعدم الأنس به «مسألة» ويقسم للمريضة والرتقاء ونحوهما والحائض والمحرمة والمظاهرة والمولى منها والمجنونة حيث يأمنها ، إذ القصد رفع المضاضة . قلت :

(قوله) «ولفعله ﷺ» الخ . عن عائشة قالت : « كان رسول الله ﷺ يقسم فيعدل ، ويقول : اللهم هذا قسمي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك » يعني القلب . أخرجه أبو داود والترمذي والنسائي .

(قوله) «الخبر ونحوه» . روي عن النبي ﷺ أنه قال : «تنكح الحرة على الأمة ولا تنكح الأمة على الحرة ، وللحرة الثلثان من القسم ، وللأمة الثلث » حكاه في الشفاء بنحوه . وروى عن علي عليه السلام أنه قال : يقسم للحرة يومان وللأمة يوم واحد » حكاه في الشفاء . وفي التلخيص نحو الحديث الأول منسوباً إلى البيهقي ، وقال هو مرسل ، ونحو الثاني عن علي عليه السلام فاعتضد به المرسل .

لا المجذومة ، إذ أمر ﷺ بالبعد عن المجذومين ، حيث قال ﷺ « فر من المجذوم » الخبر ومن نشزت ولو مجنونة أو صغيرة فلاقسم لها كالعـاقلة (ى) و إذا سافرت بإذنه لحاجته فلها القسم و إن لم يكن معها . قلت : فيه نظر ، إذ لا قسم لمن خرجت عن الميل (قص)[1] عن البريد. قلنا : فيه حرج. وإذ لم يكن ﷺ يقضى من لم يسافر بها «مسألة» و إذا انتقل إلى الأمة فعتقت بعد مضى ماتستحقه لم يزدها شيئاً لا قبل مضيه فيوفيها كالحرة ، وكذلك لو قدم قسم الأمة ثم انتقل إلى الحرة فأعتقت الأمة قبل مضى ماتستحقه الحرة لم يزدها على مثل نوبة الأمة لا بعد مضيه ، إذ وقع تفضيلها وهى تستحقه ، فحينئذ يستأنف القسم من الآن ، إذ كل منهما مستوف « مسألة » وللرجل السفر بنسائه أو بأيتهن شاء ، كفعله ﷺ (هب ح) ولا تجب القرعة ، إذ السفر مسقط لحق القسمة فالخيار إليه (ى ش) بل تجب لفعله ﷺ . قلنا : فعله تطييباً لنفوسهن لا وجوبا (فرع) و إذا أقرع خير بين أن يخرج أسماءهن على السفر والإقامة ، أوالعكس كقسمة الأرض. و إذا سافر باثنتين سوى بينهما فى السفر كالإقامة (هب ك) ولا يلزم قضاء المقيمات لسقوط حقهن بالسفر (د) بل يلزم مطلقا (ش) بل يلزم إن لم يقرع ، فان أقرع فلا ، إن طال السفر ، فان قصر فقولان . قلت : بناء على أنه لا يسقط القسم بالسفر من غير قرعة ، وهو باطل ، إذ لم يؤثر أنه ﷺ قضى المقيمات بعد إيابه (فرع) ومن حرفة معاشه نهارية قسم الليالى ، وفى العكس يقسم النهار «مسألة» و إليه كيفية القسم إلى الثلاث وقيل إلى السبع ، إذ شرعت للبكر ، ثم بإذنهن . وقيل : كيف شاء من مشاهرة أو مسانهة أو مياومة. وندب جعلها يوما وليلة لفعله ﷺ (ى) أقله ليلة إذمادونها تنغيص، وأكثره لا حد له ، لكن الأعدل يوم وليلة كفعله ﷺ « مسألة » ويكره الجمع بين ضرتين فى مسكن

(قوله) « فر من المجذوم » تقدم

(قوله) «لفعله ﷺ» . فى صحيح البخارى عن عائشة «أن النبى ﷺ كان إذا أراد سفراً أقرع بين أزواجه ، فأيتهن خرج سهمها خرج بها » وله ولمسلم نحوه .

(قوله)« كفعله ﷺ وقوله لفعله » تضمنهما حديث عائشة الذى تقدم .

(قوله)« يوماً وليلة لفعله ﷺ » فى حديث أخرجه البخارى وأبو داود عن عائشة ما لفظه : « وكان يقسم لكل امرأة يومها وليلتها » وهذا طرف من الحديث .

---

(١) قص : قول عن المنصور بالله

ويجوز كون الدار واحدة ،حيث لـكل منهما ما يكفيه منفرداً . وله فى القسمة أن يأتيهن أو يأتينه كامر . وليس له الخروج ليلا فى نوبة إحداهن إلا لضرورة أو بإذنها ، إذ هى حق لها « مسألة » (هق ن) وما فوته من نوبة كاملة أو بعضها ، ولو لعذر فعليه قضاؤه (ى) إلا اليسير فيأثم ولا قضاء لتعذر ضبطه (م) لاقضاء عليه إذ يكون جوراً على جور .وله الخروج لتمريض الأخرى أو دفنها ويقضى مدة التمريض، فان جامع غيرها فى نوبتها فوجوه (ى) أصحها : لاقضاء مع قصر المدة ، إذ هى المقصودة وقيل يقضيها ليلة كاملة . إذ المقصود بالمبيت الوطء وقد فات ، فهو كفوات الليلة كلها لفوات المقصود . وقيل: بل يقضيه اجماعا فى نوبة الموطوءة لتقع المقاصة. لنا وطؤه ﷺ مارية فى نوبة حفصة ، ولم يؤثر أنه قضاها شيئا ، بل قال « اكتمى عنى وهى حرام » فعوتب بصدر سورة التحريم « مسألة » وتستحب التسوية فى الوطء ، ولا تجب ، إذ سببه قوة الشهوة . قيل : وهو المراد بقوله تعالى (ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء) الآية ـ فان أراد وطء غير ذات النوبة جعله سراً تجنباً للإيحاش ، وكذلك الانفاق غير الواجب لذلك « مسألة » ومن نشزت وقت نوبتها لم يجب قضاؤها ، إذ أسقطت حقها ؛ ومن أمسى مع إحداهما ثم طلق الأخرى قبل إيفائها فلا حرج عليه (بعصش) بل يأثم إذ قد أسقط حقها بعد وجوبه ، فيقضيها إن راجعها ولو بعد زوج . قلت : لا وجوب للحق إلا مع تعدد الزوجية . فلا وجه لما ذكر « مسألة » وإذا فوت أول الليل فله أن يقضى آخره . قلت : حيث يعتاد قسمه . إذ لا يتعين مثل مافات ، إذ المقصود ، الإيواء والأنس « مسألة » وتجب التسوية بين المسلمة والذمية ، إذ لم يفصل الدليل «مسألة» وله الخروج فى النوبة لقضاء حاجة ، أو موافقة زوجة فى حاجة ، والتقبيل واللمس ، لرواية عائشة «كان

(قوله) « لنا وطؤه ﷺ مارية » إلخ قال فى الكشاف : روى « أن رسول الله ﷺ خلا بمارية فى يوم عائشة ، وعلمت بذلك حفصة فقال لها : اكتمى عى وقد حرمت مارية على نفسى ، وأبشرك أن أبا بكر وعمر يملكان بعدى أمر أمتى . فأخبرت عائشة ـ وكانتا متصادقتين ـ » . وقيل : « خلا بها فى يوم حفصة فأرضاها بذلك واستكتمها فلم تكتم ، فطلقها واعتزل نساءه ومكث تسعا وعشرين ليلة فى بيت مارية إلخ ما ذكره .

(قوله) «لرواية عائشة» الخ . لفظه : عن عائشة قالت « كان رسول الله ﷺ لا يفضل بعضنا على بعض فى القسم من مكثه عندنا ـ وكان قل يوم يأتى إلا وهو يطوف علينا جميعاً . فيدنو من =

رسول الله ﷺ يطوف علينا جميعاً فيقبل ويلمس» الخبر - (ى) لكن لايجامع غيرها فى نوبتها
قلت : ظاهر كلام (ق) الجواز (ى) فان أطال اللبث مع الأخرى فى الحاجة لزمه القضاء « مسألة »
(أنس) ثم (الشعبى خعي) ثم (ه ك ش مد حق) وتؤثر الجديدة الثيب بثلاث ، والبكر بسبع .
لقوله ﷺ « للبكر سبع وللثيب ثلاث » ولفعله ﷺ فى أم سلمة وصفية (حص الحكم حماد)
يجب ذلك تقديماً لا إيثاراً ، فيقضى البواقى مثله ، إذ القسم حق زوجى ، فلا تفترق فيه الجديدة
والقديمة كالنفقة. قلنا : النص منع القياس (بص يب) بل للبكر ليلتان وللثيب ليلة ، إذ القصد
قطع النفور بالنكاح الجديد، وهو يحصل بذلك ،لكن حق البكر آكد ، لشدة الرغبة فيها. ففضلت

= كل امرأة من غير مسيس ، حتى يبلغ التى هو يومها فيبيت عندها ، ولقد قالت سودة بنت زمعة حين أسنت وفرقت ، أن يفارقها رسول الله ﷺ : يومى لعائشة ، فقبل ذلك رسول الله ﷺ منها . قالت يقول فى ذلك أنزل الله تعالى وفى أشباهها : (وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضاً) أخرجه أبو داود .

(قوله) « للبكر سبع وللثيب ثلاث» . لفظه : عن أنس قال : « من السنة إذا تزوج البكر على الثيب أقام عندها سبعاً وقسم، وإذا تزوج الثيب أقام عندها ثلاثا ثم قسم» . قال أبو قلابة : ولو شئت لقلت إن أنساً رفعه إلى النبي ﷺ . هكذا فى رواية للبخارى ومسلم ، ولهما ولأبى داود والترمذى نحوه ، وفى رواية الموطأ عن أنس كان يقول « للبكر سبع وللثيب ثلاث » . وفى التلخيص أن ابن ماجه والدارمى وابن خزيمة والاسماعيلى والدارقطنى والبيهقى وابن حبان أخرجوا هذا الحديث عن أنس أن رسول الله ﷺ قال : « سبع للبكر وثلاث للثيب »

(قوله) « ولفعله ﷺ مع أم سلمة وصفية » عن أبى بكر بن عبد الرحمن ، عن أم سلمة : « أن رسول الله ﷺ لما تزوج أم سلمة أقام عندها ثلاثا ، وقال إنه ليس بك على أهلك هوان ، فان شئت سبعت لك ، وإن سبعت لك سبعت لنسائى » أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى . وفى رواية « أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة وأصبحت عنده ، قال لها : « ليس بك على أهلك هوان ، فان شئت سبعت عندك وإن شئت ثلثت ، ثم درت قالت ثلث » أخرجه مسلم ، وفيه روايات أخر . وعن أنس قال : « لما أخذ رسول الله ﷺ صفية أقام عندها ثلاثا » زاد فى رواية « وكانت ثيباً » أخرجه أبو داود ، وقد تقدم ما يتضمن معناه .

قلنا: لا نسلم، بل تعبد بالنصوص الواردة (فرع) (ى) والأمة الجديدة مع العبد كالحرة . البكر سبع والثيب ثلاث، إذ لم يفصل الدليل و (الش) قولان (فرع) (هب ش) فان زاد على السبع والثلاث برضاها بطل حقها من التفضيل، ولزمه القضاء ، لقوله ﷺ لأم سلمة حين طلبته الزيادة على الثلاث « إن شئت سبعت لك » الخبر - فان زادها لا بطلبها لم يبطل حقها من التفضيل . وقيل: يبطل إذ لم يفصل الدليل . قلت : القياس فاصل ،ومفهوم قوله «إن شئت» « مسألة » ويصح من المرأة هبة نوبتها إجماعا ، كما وهبت سودة نوبتها لعائشة (فرع) وليس للزوج صرفها إلى غير من وهبت لها، كفعله ﷺ مع عائشة ، ولا يفتقر إلى قبول الموهوب لها ، بل لو ردت لم تبطل الهبة ،فللزوج إجبارها إذ الهبة فى التحقيق له ، وللزوج منعها من الهبة إذ الحق له . فإن وهبت نوبتها للزوج كان إسقاطاً ، فيسوى بين البواقى ولايخص بها أحداً . ولوقالت : وهبتها لك .تخص بها من شئت فليس له التخصيص ، ويحتمل صحته . قلت : وهو الأقرب (فرع) وللواهبة الرجوع متى شاءت فيقضيها ما فوت بعد العلم برجوعها لا قبله ، كالمباح له (فرع)(ى) و إذا لم تكن ليلة الواهبة موالية الليلة المتهبة لم يكن للزوج الموالاة ، بل فى وقتها المعتاد ، لئلا يتعدى . وقيل بل له ذلك ، إذ صار للمتهبة ليلتان ، فلاوجه للتفريق . قلت : بل الوجه ماذكرنا (فرع) ولاتصح هبتها بعوض ، إذ يكون غير مقابل لمال ولا منفعة كالشفعة (ى) فتبطل الهبة ، إذ هى مشروطة ولم يصح الشرط . قلت : القياس أن يصح و يلغو الشرط كشرط العوض فى إسقاط الشفعة «مسألة» وله وطء إمائه والمبيت معهن دون زوجاته . ولا يلزمه قضاء كلو بات فى المسجد(ى)وندب وطء الأمة لئلا تفجر «مسألة» (ى) وله الخروج فى النهار للتدريس والجماعة والمباحات وجميع التصرفات . لا فى الليل

(قوله) « حين طلبته الزيادة» فى رواية لمسلم مرسلة « أن رسول الله ﷺ حين تزوج أم سلمة فدخل عليها فاراد أن يخرج أخذت بثوبه ، فقال رسول الله ﷺ . « إن شئت زدتك وحاسبتك به. للبكر سبع وللثيب ثلاث » .

(قوله) « كما وهبت سودة نوبتها لعائشة » . تقدم مايتضمنه . وعن عائشة « أن سودة بنت زمعة وهبت نوبتها لعائشة ، وكان النبى ﷺ يقسم لعائشة يومها ويوم سودة »وفى رواية ذكرهارزين «أنهاوهبت نوبتها لعائشة حين أرادرسول الله ﷺ طلاقها، فقالت . أمسكنى وقد وهبت يومى لعائشة ، لعلى أن أكون من نسائك فى الجنة » وفى رواية « أنها إنما قالت له ذلك بعد أن طلقها واحدة، فقالت له راجعنى» . والباقى كما تقدم .

لتعلق حق الزوجة به ، فهو أقدم « مسألة » و يكره أن تزف له زوجتان فى وقت واحد ، إذ تقديمه إحداهما إيحاش للأخرى ، فإن كان ذلك فهو مخير (ش) بل يقرع . قلت : لا أثر للقرعة عندنا كما سيأتى .

فصل

ومن وطىء فجوز الحمل ثم مات ربيبه ولا مسقط للاخوة لام ولا حاجب لها ، كف عن جماعها حتى يتبين الحمل أو عدمه (بص صا ى ه) ندباً لا وجوباً . قلت : قول (ع) الوجوب (ى) أراد التأكيد لا الحتم ، بدليل قول الهادى : ينبغى أن يكف ، وهو مروى عن على عليه السلام . ووجه الندب توقى الشجار فى ميراث الحمل . ووجه الجواز أنه لا يجب عليه ترك حقه رعاية لحق غيره (فرع) فإن لم يكن قد وطىء قبل موت الربيب أو كان ثم مسقط للاخوة لأم وحاجب لها . فلا كف إذ لا مقتضى له حينئذ . ومتى تبين الحمل أو عدمه بحيضة جاز الوطء . فإن لم يتبين كف عنها ثلاث سنين وستة أشهر ويوما . ثم له الوطء إذ ما أتت به بعد ذلك . لدون ستة أشهر فمن الأول و إلا فمن الثانى إذ أكثر مدة الحمل أربع سنين ، فإن كف شهرا ثم ادعت الحيض فوطىء فولدت لدون ستة أشهر من الوطء ، كان من الأول . وقطعنا أن الدم استحاضة . فإن لم يكف وولدت لأربع سنين من الوطء الأول ، ولستة فصاعداً من الوطء الثانى أعطى نصف ميراثه تحويلا كتوريث الغرقى (فرع) فإن أنكر الوطء بعد الموت ليورث الحمل . والظاهر سقوطه إذا أتت به لستة أشهر فصاعداً ، صدق فى نصيبه حيث له نصيب . ككونه عماً أو ابن عم ، فلا يلزم إن أنكروا ، إذ الظاهر معهم . مثاله : أن ينكح امرأة أخيه وله منها ولد ، ثم تلد منه ثم مات ابن الأخ . ثم جاءت بولد آخر لستة أشهر من موت ابن الأخ . فالظاهر أنه غير

فصل : ومن وطىء الخ

(قوله) « وهو مروى عن على عليه السلام » حكى فى الشفاء عن جعفر بن محمد عن أبيه ، يرفعه إلى على عليه السلام « أنه كره أن يكون للرجل امرأة ولها ولد من غيره ، فيموت ولدها أن يطأها حتى تحيض حيضة أو حيضتين ، أو يتبين حملها» وحكى فيه أيضاً عن على عليه السلام وابنه الحسن أنهما أمرا بذلك .

وارث . فتعطى الأم الثلث ، والأخ السدس ، والباقى للعم . وهو ثلاثة من ستة ، لكنه صدق فى نصيبه فرد سهم على الأخ من الأم و بقى له سهمان (فرع) وإن أنكر الزوج الوطء قبل موت الربيب ، لئلا يرث الحمل ، وهو فى الظاهر وارث ، بأن تأتى به لدون ستة أشهر من الموت ، ورث . مثاله : ترك الربيب أمه والحمل والأخ والعم ، فللأم السدس ، وللحمل وأخيه الثلث ، وللعم الباقى . فان مات الحمل عن السدس فلأمه ثلثه وللأخ سدسه ، والباقى رد عليهما . لإقرار الأب أن الحمل غير وارث (فرع) (ى) ولا وجه للقول بالكف عن الجماع فى هذه المسألة ، لا ندبا ولا حتما ، فإن ظهر حمل ، ففيه التداعى . والظاهر مع اللبس أنه غير وارث إلا ببرهان ، ولا نظير لها فى الأحكام الشرعية . فنقاس عليه .

باب المهور

« مسألة » المهر عوض منافع البضع ، وسمى مهراً لقوله ﷺ « فلها المهر » وأجراً لقوله تعالى (وآتوهن أجورهن) وصَداقا بفتح الصاد لقوله تعالى (صدقاتهن) وفريضة لقوله تعالى (وقد فرضتم لهن فريضة) وعقراً لقول (٢) ولها عقر نسائها ، وعلقة لقوله ﷺ «أدوا العلائق» (ى) ونحلة للآية . قلت : وفيه نظر ، إذ النحلة المعطية « مسألة » والأصل فيه : الكتاب والسنة كما مر والاجماع ظاهر ، والقياس على قيم المتلفات « مسألة » وتستحب التسمية فى العقد لفعله ﷺ فى

باب المهور

(قوله) «ولها عقر نسائها» حكاه فى الانتصار من كلام عمر ، وقال فى التلخيص : لم أجده .

(قوله) « أدوا العلائق » تمامه : « قيل وما العلائق ؟ قال : ما تراضى به الأهلون الزوج والزوجة » هكذا فى أصول الأحكام . وذكره فى التلخيص دون قوله « الزوج والزوجة » ، ونسبه إلى الدارقطنى والبيهقى من حديث ابن عباس بلفظ : « أنكحوا الأيامى وأدوا العلائق » الحديث . وزاد فى آخره « ولو بقضيب من أراك » وإسناده ضعيف .

(قوله) «لفعله ﷺ» الخ عن أبى العجفاء السلمى قال : خطبنا عمر يوماً فقال . ألا لا تغالوا فى صدقات النساء ، فان ذلك لو كان مكرمة فى الدنيا وتقوى عند الله ، كان أولاكم به رسول الله ﷺ ما أصدق رسول الله ﷺ امرأة من نسائه ولا أصدق امرأة من بناته أكثر من اثنتى عشرة

زوجاته وبناته ، ولقوله ﷺ لمن أراد العقد « التمس ولو خاتماً من حديد »(فرع) (يه قين)ويصح العقد من غير ذكره ، لقوله تعالى (مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة) (زك) عقد معاوضة فلا يصح كالبيع . قلنا : فرقت الآية وفعله ﷺ «حيث زوّج امرأة رجلا ولم يفرض لها صداقا» الخبر . ولأنه عقد على منافع معدومة، بخلاف البيع . قالوا : قال الله تعالى : (ولاجناح عليكم أن تنكحوهن إذا آتيتموهن أجورهن) فجعله شرطاً . قلت : نقول بموجبها وهو وجوب المهر . قالوا : قال ﷺ «من استحل بدرهم فقد استحل» قلنا : نقول بموجبه أيضا ، فأين كونه شرطاً ، وأمره

أوقية » أخرجه أبوداود والترمذى والنسائى مايتضمن نحوه . وعن أبي سلمة قال « سألت عائشة زوج النبي ﷺ كم كان صداق رسول الله ﷺ ؟ قالت : كان صداقه لأزواجه ثنتي عشرة أوقية ونشاً . قالت أتدرون النش ؟ قلت : لا . قالت : نصف أوقية ، فذلك خمسمائة درهم » أخرجه مسلم وأبوداود والنسائى . قال فى التلخيص : «إطلاق أن جميع الزوجات كان صداقهن كذلك محمول على الأكثر ، وإلا فخديجة وجويرية بخلاف ذلك ، وصفية كان عتقها صداقها ، وأم حبيبة أصدقها النجاشى أربعة آلاف ، كما رواه أبو داود والنسائى ، وقال ابن إسحاق عن أبي جعفر : أربعمائة دينار » اهـ .

(قوله) « التمس ولو خاتما من حديد » تقدم

(قوله) « حيث زوج رجلا امرأة » الخ . عن عقبة بن عامر « أن رسول الله ﷺ قال لرجل : أترضى أن أزوجك من فلانة ؟ قال : نعم . وقال للمرأة : أترضين أن أزوجك فلاناً ؟ قالت : نعم . فزوج أحدهما صاحبه ، فدخل بها الرجل ولم يفرض لها صداقا ولم يعطها شيئاً ، وكان ممن شهد الحديبية ، له سهم بخيبر ، فلما حضرته الوفاة قال : إن رسول الله ﷺ زوجنى فلانة ـ يعنى امرأته ـ ولم أفرض لها صداقاً ، ولم أعطها شيئاً ، أشهدكم أنى قد أعطيتها من صداقها سهمى بخيبر ، فأخذته فباعته بمائة ألف درهم » أخرجه أبو داود .

(قوله) « من استحل بدرهم فقد استحل » حكاه فى الانتصار لكن قال بدرهمين . وفى التلخيص ما لفظه حديث « من استحل بدرهمين فقد استحل » أى طلب الحل ، البيهقى من رواية يحيي بن عبد الرحمن ابن أبي لبيبة عن جده بلفظ « من استحل بدرهم » اهـ . وذكره من طريق آخر بلفظ « يستحل النكاح بدرهمين فصاعدا » ولأبى داود عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « من أعطى فى صداق امرأته ملء كفيه سويقاً أو تمراً فقد استحل » . وفى رواية قال : « كنا على عهد رسول الله ﷺ نستمتع بالقبضة من الطعام على معنى المتعة » قلت : وفى هذه الرواية دلالة أن هذه الأخبار ونحوها إنما وردت فى نكاح المتعة ، الذى قد صح

ﷺ علياً أن يقدم لفاطمة عليها السلام من مهرها، ندب فقط «مسألة» ولا يصح تسمية مالا قيمة له إجماعا ، إذ لا تصح المعاوضة به (ه جميعا حص) وأقله عشرة دراهم أو ما يوازيها، لقوله ﷺ « ولا مهر دون عشرة دراهم » الخبر . ومال يستباح به عضو ، فأقله عشرة كالمسروق (٢ ع) ثم (بص يب عه عىث مد حق ش) بل أقله مايصح ثمناً أو أجرة ، لقوله ﷺ «ولو خاتماً من حديد» وقوله تعالى (فنصف مافرضتم) ولم يفصل. قلنا : الخبر للمبالغة ، والآية مخصوصة بمارو ينا ،وروايتنا أرجح لاجماع أهل البيت عليهم السلام ، ولتصريحها بالمقصود (سعيد) بل أقله خمسون (خعي) أربعون (ابن شبرمة) خمسة دراهم (ك) ربع دينار أو ثلاثة دراهم . قلنا : لا دليل على ذلك . قالوا : أصدق عبد الرحمن نواة من ذهب ، والنواة خمسة دراهم ، ولم ينكر . قلنا : معارض بما روينا ، ولعله قدمها من المهر، قالوا : قال ﷺ «من استحل بدرهم فقد استحل» قلنا:أراد من قدم شيئاً فقد برىء من قدره . قلت : أو صالح بالقليل « مسألة » و يصح عرضاً أو نقداً أو أي شيء سمى مالا ، إذ لم يفصل الدليل، كخدمة عبد، أو سكنى دار (م) أو على الحج بها أو عن والدها(ط) أو على أن يخيط لها قميصاً أو نحو ذلك «مسألة» (مش) و يصح جعله خدمة حر (حص) لا، إذ ليست بمال. لنا : قصة موسى وشعيب ، وشرع من قبلنا يلزمنا مالم ينسخ (فرع) (هب محمد ش) فان مات

نسخه والله أعلم . وعن عبد الله بن عامر عن أبيه « أن رجلا تزوج امرأة من بنى فزارة على نعلين ، فقال لها رسول الله ﷺ : أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟ قالت: نعم . فأجاز له » أخرجه الترمذى

(قوله) «وأمره ﷺ عليا» الخ . عن ابن عباس قال : « لما تزوج على بفاطمة رضى الله عنهما، وأراد ان يدخل بها . فقال له رسول الله ﷺ . أعطها شيئا ، قال : ما عندى شيء . قال : أين درعك الحطمية ؟ » وفى رواية : « أعطها درعك ، فأعطاها درعه ، ثم دخل بها » أخرجه أبو داود . وأخرج النسائى الأولى .

(قوله) « ولا مهر دون عشرة دراهم » حكاه فى الشفاء عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تنكح النساء إلا من الاكفاء ، ولا يزوجهن إلا الأولياء ، ولا مهر دون عشرة دراهم » وفيه أيضا عن النبي ﷺ أنه قال : «لا يكون المهر أقل من عشرة دراهم ، ولا يكون النكاح الحلال مثل مهر البغى » اه

(قوله) « أصدق عبد الرحمن » الخ ، وقوله « من استحل » الخ . تقدما .

أو خربت الدار قبل استيفاء المنفعة ، وجبت أجرة مثلها ، إذ هي قيمة المنفعة الفائتة (ح ف) بل مهر مثلها . قلنا : الواجب في التالف قيمته كالاعيان (فرع) ومن أجاز التوكيل في القصاص صحح جعل مهرها قتل من تستحقه عليه (فرع) وإذا سمى قيمياً فالعبرة بقيمته يوم العقد ، وإن رخص من بعد حتى نقص عن عشرة دراهم لم يخرج عن الصحة ، وفي العكس يلزمه مانقص . وإن زاد من بعده « مسألة » ولا حد لأكثره بحيث تبطل الزيادة إجماعاً ، لقوله تعالى (وآتيتم إحداهن قنطاراً) (معاذ بن جبل) : القنطار ألف ومائتا أوقية ذهبا . (الخدري) : بل ملء مسك ثور ذهباً . (ابن العباس) من اللغويين : بل سبعون ألف مثقال . (أبو صالح) : (بل مائة رطل ذهباً . وقد أراد (٢) قصر أكثره على مهور أزواجه ﷺ ، ورد الزيادة إلى بيت المال . فردت عليه امرأة قرشية محتجة بالآية ، فرجع وقال « كلكم أفقه من عمر » الخبر ـ (فرع) (ى) وفي تقدير أكثره روايات أربعون ألف درهم كما أصدق (٢) أم كلثوم بنت علي . وقيل : عشرة آلاف كما أصدق (عم) بنات أخيه . وقيل : مائة ألف درهم ، كما أصدق الحسن بعض زوجاته . وقيل : مائة ألف مثقال كما أصدق مصعب بن الزبير سكينة بنت الحسين ، وقيل عائشة بنت طلحة ، وقيل : أربعمائة

(قوله) « كلكم أفقه من عمر » قال في الكشاف ، وعن عمر أنه « قام فقال: ياأيها الناس لاتغالوا بصدق النساء ، فلو كانت مكرمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ، ما أصدق امرأة من نسائه أكثر من اثنتي عشرة أوقية ، فقامت إليه امرأة فقالت له : يا أمير المؤمنين ، لم تمنعنا حقاً جعله الله لنا ؟ والله تعالى يقول : (وآتيتم إحداهن قنطاراً) فقال كل أحد أعلم من عمر ، ثم قال لأصحابه : تسمعوني أقول مثل هذا فلا تنكرونه حتى ترد على امرأة ليست من أعلم النساء » اهـ . وفي الانتصار « عن عمر أنه خطب الناس يوماً فحمد الله تعالى وأثنى عليه بما هو أهله ، وقال، يا أيها الناس لاتغالوا في صدقات النساء ، فوالله لا يبلغني عن أحد أنه زاد على مهر أزواج النبي ﷺ إلا جعلت الفضل في بيت المال ، فعرضت له امرأة من قريش فقالت : كتاب الله أولى أن يتبع ، إن الله يعطينا وتمنعنا يا ابن الخطاب ؟ فقال : أين ؟ فقالت : (وآتيتم إحداهن قنطاراً) . فقال عمر : فليضع الرجل ماله حيث شاء » وفي رواية « كلكم أفقه من عمر حتى المخدرات في البيوت ورجع عن ذلك » .

(قوله) « كما أصدق مصعب » الخ . روى أن مصعب بن الزبير تزوج سكينة بنت الحسين وعائشة بنت طلحة ، وأصدق كل واحدة منهما خمسمائة ألف درهم ، وقال في الانتصار : مائة ألف دينار » والقصة مشهورة .

مثقال ، كما أصدق ﷺ أم حبيبة بنت أبي سفيان . قلت : ولعل المقصود بتقدير الأكثر ، كراهة الزيادة على ما فعله السلف (فرع) والتخفيف أولى ، لقوله ﷺ «أعظم النساء بركة أخفهن مؤنة» ونحوه (ن) وأحب المسميات قدر مهر فاطمة عليها السلام : اثنتا عشرة أوقية : قيمتها أربعمائة وثمانون درهما . وقيل : باع علي عليه السلام راحلته بمائة وأربعين درهما . ودرعه بثمانية وستين درهما ، وزوجه ﷺ على ذلك . وأصدق ﷺ زوجاته اثنتي عشرة أوقية ونشاً . وهو نصف أوقية (ره) الأوقية أربعون درهما ، والنش عشرون درهماً « مسألة » فاذا تواطأ الزوجان على مهر قليل ، وأظهرا العقد بكثير (قش) فالحكم للسر (قش) بل للعلانية (ى هب سعيد) إن عقدا سراً ، ثم عقدا ظاهراً ، فالحكم للسر . وإن قدما الظاهر ثم أسرا القليل فالحكم للأول (فرع) (ى) فان قال : زوجتك بألف فقال : قبلت بخمسمائة ، فالعقد صحيح ، والواجب مهر المثل ، لقوله ﷺ «وعليه المهر بما استحل من فرجها » قلت : وفيه نظر . والأقرب فساد العقد ، إذ القبول كالمشروط بكون المهر خمسمائة . « مسألة » (يه حص) وللبضع قيمة في دخوله ، إذ الوطء استيفاء

(قوله) « كما أصدق رسول الله ﷺ أم حبيبة » الخ . قد تقدم أن النجاشي أصدقها عن النبي ﷺ أربعة آلاف درهم ، ولا تنافي بين الروايتين ، لأن صرف الدينار عشرة دراهم .

(قوله) « أعظم النساء بركة أخفهن مؤنة » حكاه في الانتصار ، ونحوه في رواية للنسائي من كلام عمر : « وإن الرجل ليغلي بصدقة امرأته حتى تكون لها عداوة في نفسه ، وحتى تقول كلفت لكم علق القربة » ــ ح ــ المراد بعلق القربة ما يقع من التواء الرشا على الدلو عند النزع من البئر ، فيشق ذلك على النازع : فأما قول الناس ، عرق القربة ، فهو تصحيف . وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من تزوج امرأة على صداق وهو ينوي ألا يؤديه فهو زان ، ومن ادان ديناً وهو ينوي ألا يؤديه إلى صاحبه أحسبه ــ قال : فهو سارق » رواه البزار وغيره ، وللطبراني أبسط منه من طريق آخر .

(قوله) « وقيل باع علي عليه السلام راحلته » الخ . لفظه في الانتصار : وروى «أن أمير المؤمنين كرم الله وجهه باع راحلته بمائة وأربعين درهماً ، وباع درعه بمائتين وستين درهما ، فزوجه الرسول ﷺ على ذلك » اهـ . وهذه الرواية تنافي ما تقدم من أنه أعطاها درعه الحطمة بأمر النبي ﷺ ، ولعل الأول أصح .

(قوله) «واصدق زوجاته» الخ وقوله : «وعليه المهر بما استحل من فرجها ، وكذا قوله في الفصل الثاني « من تزوج امرأة » الخ ، وقوله « ما تراضى به الأهلون » تقدمت جميعها .

منافعه أو استهلاكها ، فاقتضى القيمة كسائر المتلفات . ولا قيمة لخروجه و إلا لزم أن يضمن قاتلها قيمته للزوج ، ولا قائل به (ى ش) بل لخروجه قيمة أيضا ، بدليل صحة الخلع . قلنا : يلزم ما مر ، وعوض الخلع عوض على اللفظ لا البضع (ن) لا قيمة لدخوله ولا خروجه . قلنا : بناء على أن مهر المثل لا يجب بالوطء مع عدم التسمية وسنبطله . قلت : وثمرة الخلاف فى مسائل ستأتى إن شاء الله تعالى

فصل فى أحكام المهر

« مسألة » يستحق المهر بالعقد ، أى يصير حقاً لها اتفاقاً (فرع) (ى قين ه) وتملكه بالقبض مستنداً إلى العقد ، فتنفذ فيه تصرفاتها ، لقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن) أى ما استحققن بالعقد وملكنه بالقبض (ك) لا يملك بالقبض إلا النصف ، والآخر أمانة حتى يطأ ، لقوله تعالى (فنصف ما فرضتم) قلنا القياس يقتضى استحقاق كله بالعقد ، فحملت الآيتان على أن طروّ الطلاق قبل الدخول يسقط نصفه ، إذ اللفظ يحتمله ، فلا يوجب مخالفة القياس . ولقوله ﷺ « من تزوج امرأة لا يريد وفاء مهرها فهو عاهر » والظاهر كل ما سمى (فرع) و إذا طلبته قبل الدخول لزم تسليمه جميعاً ، الخبر ولقوله تعالى (وآتوا النساء صدقاتهن) « مسألة » (ه قين) و إذا سمى عبداً موصوفاً كتركى أو حبشى لزم ، إذ جهالته أقل من جهالة مهر المثل (فرع) (ه ح) فإن لم يصف التسمى تعين الوسط (ش) بل مهر المثل ، قلنا : لم يفصل قوله ﷺ « ماتراضى به الأهلون » وجهالته أقل ، والوسط أعدل ، لقوله ﷺ «خير الأمور أوسطها» (ه) و يكره تسمية وصيف أو وصيفة مخافة الشجار (م) و إن سمى مايطلق على أجناس كثوب ، لم يصح ، بخلاف العبد « مسألة » (تضى ط) فإن دقق فى الوصف حتى ، صعب الضبط ، بطلت التسمية لعظم الجهالة ، ولزم مهر المثل ، إذ جهالته أقل . (فرع) (هب عح) و إذا سمى قيما تعين (ش عح) بل يخير بين دفعه ودفع القيمة . قلنا كلو عينه « مسألة » و يكفى فى الأراضى والغروس ، ذكر القدر والناحية كالجنس المطلق (ط) فإن لم يذكرا بطلت التسمية للجهالة (ه) فإن سمى مايكتسبه فى المستقبل ، أو ما يرثه من فلان فباطلة « مسألة »

(قوله) « خير الأمور أوساطها » حكاه فى الانتصار

فإن سمى مالا قيمة له لم يصح ، فيلزم مهر المثل . و إن سمى شيئا فى الذمة فأداه عنه غيره برىء ، ولا يرجع المؤدى ، إذ لم يؤمر فهو متبرع .

فصل فى وجوب المهر بالخلوة

«مسألة» (على ٢ ٣ عم زيد) ثم (هر عى ث) ثم (ه و أكثرها) والخلوة الصحيحة توجب كل المهر كالوطء ، لقوله تعالى (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) (الخليل والفراء) الافضاء هو الخلوة (الفراء) الفضاء هو المكان الخلى (ع عو) ثم (الشعبى ابن سيرين و ثم ثور ش) لا ، لقوله تعالى (وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) والخالى لم يمس ، ولو كانت كالوطء لوجب كل المهر فى الفاسد ، ولا قائل به لنا قوله ﷺ « من كشف خمار امرأة فعليه المهر » وقوله « من

فصل فى وجوب المهر بالخلوة

(قوله) « من كشف خمار امرأة » الخ روى عن النبي ﷺ أنه قال : « من كشف خمار امرأة أو نظر إليها وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل » . وروى عن النبي ﷺ أنه قال : «من كشف عورة امرأة فقد وجب صداقها» وروى عنه ﷺ أنه قال : «من كشف قناع امرأة وجب لها عليه المهر كاملا » وروى عن الأحنف بن قيس أن علياً عليه السلام وعمر قالا : إذا اغلق بابا وأرخي سترا فالصداق لها كاملا ، وعليها العدة» وعن الحسن أنه قال : «قضى المسلمون انه إذا أغلق بابا وأرخى سترا وجب المهر ووجبت العدة » وروى عن زرارة بن أبى أوفى قال : « أجمع أمير المؤمنين على عليه السلام، وأبو بكر وعمر وعثمان ، على أن من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب عليه المهر ، ووجبت العدة » وفى رواية « قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب عليه المهر ووجبت العدة » . حكى جميع ذلك فى الشفاء ، وفى التلخيص ما لفظه : حديث عمر وعلى أنهما قالا : « إذا أغلق بابا وأرخى سترا فلها الصداق كاملا و عليها العدة» البيهقى عن الأحنف عنهما ، وفيه انقطاع . وفى الموطأ عن يحيى بن سعيد عن ابن المسيب عن عمر فى المرأة يتزوجها الرجل : أنهـا إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق . وروى عبد الرزاق فى مصنفه عن أبى هريرة قال قال عمر : «إذا أرخيت الستور وغلقت الأبواب فقد وجب الصداق » . وفى الدارقطنى من طريق عباد بن عبد الله عن على عليه السلام قال : « إذا أغلق بابا وأرخى سترا ورأى عورة فقد وجب عليه الصداق » ورواه أبو عبيد فى كتاب النكاح من رواية زرارة بن أبى أوفى ، قال : « قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أغلق الباب وأرخى الستر فقد وجب الصداق ، دخل بها أو لم يدخل» وفى إسناده ابن لهيعة مع إرساله ، لكن أخرجه أبو داود فى المراسيل من طريق ابن ثوبان ورجاله ثقات .

كشف قناع امرأة وجب عليه مهرها ،دخل أم لم يدخل » فأما الفاسد فانما لم تكف فيه لقوله ﷺ «بما استحل من فرجها» والخالى لم يستحل « فرع » والصحيحة هي أن يخلو بها بلا مانع من وطئها شرعى ، كمسجد ، أو عقلى فيهما أو فيها مطلقا ، أو فيه يزول كما سنفصل . وأحكامها تكميل المهر كما مر ، والعدة لعموم (يتربصن) ولا توجب التحليل لقوله ﷺ « حتى تذوق عسيلته » ولا توجب الرجعة للاجماع على تفرعها على الوطء . ولاتهدم الثلاث إجماعاً ، ولاتحرم الربيبة لقوله تعالى (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلاجناح عليكم) ولا توجب الاحصان ، إذ لم يذكر فى القرآن إلا والمراد به الوطء « مسألة » والأصل في الخلوة الصحة ، وإنما تفسد لعارض يمنع الوطء ، فان كان من جهتها كالحيض وصوم الفريضة والاحرام والمرض الشديد والجذام ونحوه ، والرتق والقرن والعفل ومنعها نفسها ففاسدة وإن كان من جهته : فاما زائل كصومه وإحرامه وصغره ومرضه ففاسدة أيضا ، فإن كان غير زائل كالعنين والمسلول والمجذوم ونحوه ، والمجبوب غير المستأصل فصحيحة ، إذ لامطمع فى وطء كامل فى غير هذه الخلوة ، وإن كان من جهتهما كمسجد أو حضور غيرهما ففاسدة (فرع) والفاسدة كعدمها إلا فى العدة فتجب حيث المانع شرعى عند (ط والحنفية) وهو الأصح ، وإن لم يكن لأصحابنا فيها نص ، إذ القصد بها التعبد لا براءة الرحم ، بدليل شرعها فى الصغيرة والآيسة ولا يصح تصادقهما على إسقاطها ، وهى حق لله بخلاف الرجعة فهى حق للزوج فتسقط بالتصادق على عدم الإصابة ، وفى المعيبة وجهان (ى) أصحهما كالمانع الشرعى . وقيل لا ، إذ فسخ المعيب فسخ العقد من أصله ؛ والفاسدة كعدمها (فرع) ولا توجب تكميل المهر اتفاقا « مسألة » (تضى ح) وخلوة العنين صحيحة (ط ح) وكذا المجبوب لما مر (فو) بل فاسدة كالمستأصل.قلت :الأقرب أن خلوة المستأصل صحيحة لما مر ، ولقوله ﷺ « من كشف قناع امرأة فعليه المهر » فلا يخرج إلا ماخصه دليل (فرع) فان رضى المعيبة بعد أن خلا بها جاهلا بالعيب ثم طلقها قبل الدخول لزمه نصف المسمى ، إذ الخلوة بالمعيبة فاسدة. فان خلا بعد العلم لزمه التكميل كالصحيحة سواء كان معيبا مثلها أم لا .

فصل في التأجيل بالمهر ومنعها نفسها لطلبه

« مسألة » ويصح التأجيل بالمهر إجماعا كثمن المبيع (جم م ط) ولا يصح الرجوع عنه كتأجيل الثمن (قين) يصح كأجل القرض قلنا : القرض لا يصح الانظار فيه كما سيأتى (فرع) (ز ع ط ح) ولايحل بالدخول إذ لامقتضى لذلك (م) بل يحل إذ هو مقرر له ، ويثبت حيث لم يسم، فأولى أن يحل به الأجل. قلنا : لا، كتأجيل الثمن قبل قبض المبيع « مسألة » إذا كان المهر حالا فأعسر الزوج لم تجبر على تسليم نفسها حتى يسلم كتسليم المبيع ، و إن كان موسراً وتشاجرا فى التسليم (المسعودى) فالخلاف فيه كالخلاف فى المبيع ، وسيأتى(ى) ظاهر المذهب تجبر على تسليم نفسها أولا ،إذ المهر تابع لمنافع البضع فلاتسلمه حتى يستوفيها أو يتمكن . قلت: بل المذهب خلافه وهوأن لها الامتناع حتى يسلم ، إذ النكاح بالقبض، بدليل صحة تصرفه بالطلاق والخلع (فرع) (أكثره فو) فان سلمت نفسها راضية ، أو ولى مال الصغيرة لم يكن لها الامتناع من بعد ، كبائع سلم المبيع ثم طلب استرجاعه حتى يقبض الثمن (ح ع) بل لها ذلك ، إذهى محسنة بالتسليم الأول وما على المحسنين من سبيل. قلت : أسقطت حقها من الحبس فلا رجوع ، كمن أبرأ ثم ندم (ص) فإن منعت نفسها مطالبة بما بطل من النفقة جاز (ه) لا، إذ ليست كالثمن بخلاف المهر « مسألة » فإن أجلت بالمهر فليس لها الامتناع ،كالتأجيل بالثمن. فإن تأخر التسليم حتى حل الأجل (ى هب الطبرى نى) فلها الامتناع حينئذ ، كلو لم تؤجل (الاسفراينى) لا ، إذ قد أسقطت حق الحبس بالتأجيل ، فلايعود بالحلول . قلت : وهو أقرب، فإن أجلت ببعض دون بعض فلها الامتناع حتى يسلم البعض الحال (فرع) (هب ش .) فإن وطئها كرها فلها الامتناع من بعد ، إذ لم يسقط حقها (بعصش) لا، إذ قد بطل بالوطء كلو قبض المشترى السلعة كرها. قلنا: لانسلم الاصل والقول لها إن ادعت الاكراه إلا حيث تقول سلمت نفسى مكرهة أونحوذلك (فرع) (ى هب بعصش) ولها الفسخ إن أعسر الزوج بالمهر قبل الدخول ،كاعسار المشترى قبل قبض المبيع ، لا بعدالدخول إذ الوطء كتلف المبيع (المروزى) بل لها الفسخ بعده أيضا إذ وجوب استمرار التمكين بعد

(١) هذا الفصل لاتخريج له

الوطء كبقاء بعض المبيع مع إعسار المشترى ، فله ارتجاع الباقى . قلت لازم لهم على مقتضى قياسهم (فرع) فان تزوجته بعد العلم باعساره فلا خيار لها ، إذ قد رضيته ، وكذا لو مكنته بعد الاعسار وقيل : بل تخير إذ دخلت وهى تجوز إيساره من بعد كالنفقة. قلنا : وجوب النفقة متجدد بخلاف الصداق فافترقا . قلت : وقياس المذهب لافسخ مطلقا كفى النفقة « مسألة » ولها الامتناع إن لم يسم حتى يسمى ، و إذا سمى فحتى يعين لما مر ، وماعينه ملكته كثمن المبيع المعين

فصل فى حكم المهر بعد تسميته و تعيينه

« مسألة » وما سماه وعينه ضمنه ومانقص من عينه حتى يقبضه إجماعا ، كالمبيع قبل التسليم ، لا نماه قبل القبض فأمانة لايضمن إلا بجنايته أوتمرده بعد المطالبة ، وسواء المتصلة كالسمن والصوف ، والمنفصلة كالولد (ط) والسمر كالمتصلة (فرع) (ه ح مد قش الاسفراينى ابن الصباغ) فيضمن قيمته إذ لا يفسد العقد بتلفه بخلاف المبيع ، قلت كلو سمى مال الغير (ى) عين يجب تسليمها ولا يسقط ضمانها بتلفها لزمت قيمتها ، كالمغصوبة ، بخلاف المبيع فانه يسقط ضمانه بتلفه قبل القبض (ش المروزى فى الطبرى) من (صش) بل يجب مهر المثل إذ تلف من ماله فتبطل قيمته ، وتعذر الرجوع بالبضع ، إذلا ينفسخ النكاح بذلك ، فيرجع بقيمته وهى مهر المثل كلو اشترى عبدا بثوب فقبض العبد ثم تلفا فى يده ، فالواجب قيمة العبد ، إذ بطل البيع وتعذرت عين العبد فلزمت قيمته . قلنا الرجوع إلى قيمته أقل جهالة ، كلو سمى ملك الغير « مسألة » فان عين أمة ثم وطئها قبل التسليم جاهلا . أو كان مالكيا فى أنها لا تملك إلا بعد الدخول فلا حد عليه (فرع) (جط جم ح ش) و يحد العالم إذ لا شبهة حينئذ (ع الاحكام) لا ، كالمبيعة قبل التسليم ، والجامع كونها فى ضمانه لاسترسال اليد لا على جهة الغصب . قلنا : المبيعة لو تلفت بطل البيع ، فكأنه غير مستقر قبل القبض ، بخلاف النكاح فافترقا (فرع) (ط هب ح ش) ولها المهر مع جهلها لقوله ﷺ « بما استحل من فرجها » وإذ لا يخلو فرج غير مملوك من حد أومهر . وأما المبيعة فسيأتى وجه سقوطه فيها « فرع » فإن علقت خيرت الزوجة بين عينهما أوقيمتهما أومهر المثل ، إذ صارت معيبة فلها الرضا والفسخ و إذا فسخته بطلت تسميته فكأنه لم يسم ، فلها الرجوع إما ببدله وهو منافع البضع ، وقد تعذرت فلزم قيمتها وهى مهر المثل ، أو بقيمتها حيث هى أكثر من مهر المثل . إذ الزيادة حق لها فلا تبطل

بجناية الزوج ، و إذ قيمتها أقل جهالة (فرع) وفى رجوعها بأرش العيب حيث أخذت العين وجهان : ترجع كلوجنى أجنبي ولا ، إذ قدرضيت بهمعيبا . قلت: وهوالأقرب وقد ذكره (ع)و إن طلبت القيمة قوما يوم الرد لا يوم العقد ، وإلا لم تستحق الزيادةوهي تستحقها ، إذ هى فرع ملكها (فرع) (هب ح) ولا نسب للولد، إذ لم يكن عن ملك ولاشبهة فهو ملك لها (صش) بل يلحق به كولد المبيعة قبل التسليم، ويلزمهقيمته فقط .قلنا: لا نسلم الأصل ، سلمنا،فملك المشترى قبل القبض غير مستقر فللبائع شبهة ملك فافترقا (فرع) (هـ ش) ولا تصير أم ولد ، إذ لا ملك ولا شبهة ، فإن اشتراها لم تصر به أم ولد ، إذلا نسب له(قش) بل تصير كذلك لنامامر (فرع) (هب)فإن طلق قبل الدخول عاد له نصف الأمة ونصف ولدها ونصف عقرها (ن ش) لا قلنا : طلق قبل الدخول فنصف المهر وفوائده (ابن أبى الفوارس) ينتصف الولد فقط قيل تنصف الأصلية لا الفرعية ، و يعتق عليه الولد على خلاف سيأتى ، فيسعى بنصف قيمته لها لما سيأتى « مسألة » وما تفرع قبل القبض من المعين فلها إجماعا إذ هو نماء ملكها «مسألة» فإن قال : على هذا الخمر ، فإذا هو خل ، أو الحر ، فإذا هوعبد ، ملكته إجماعا ، إذ الاشارة أقوى من العبارة (ز يه ح ش مح) وفى العكس تبطل التسمية لأجل الإشارة ، فلزم مهر المثل بالدخول ، كلو عقد على خمر (ن ف) بل قيمة الحر لو قدر عبداً ، أوالخنزير لوكان شاة ، إذ هو أقرب . قلنا تسميته باطلة فكأنه لم يسم ، فان أصدقها عبدين فانكشف أحدهما حرا وفيت على الآخر مهر المثل « مسألة » (هب ح) فان سمى وقفا أو ملك الغير لزمت قيمته (ش) بل مهرالمثل قلنا : الرجوع إلى قيمته أقرب (م) فان صار إلى ملكه أو أجاز المالك تعين (الاستاذ) لا . (فرع) ومدبر الموسر كملك الغير ، فان أعسر فله أن يقضيها إياه ، فإن نقصت قيمته أوفاها قدرها يوم العقد . وأما المعسر فله العقد على مدبره إن اضطر إلى النكاح ، و إلا عقد بمهر فى ذمته ثم قضى المدبر (فرع) والمكاتب كملك الغير فإن عجز نفسه فكلو ملك ملك الغير ، وقد مر . وأم الولد كملك الغير « مسألة » فان سمى نخيلا مثمرة فنقصت فى يد الزوج بجنايته فكما مر فى الجارية ، فان رضيت بالبعض لم يكن لها ذلك كرد بعض المبيع ، و إن أثمرت بعد العقد فجنى على الثمرة فليس لها رد النخيل إذ لم ينقص المهر المسمى ، لكن عليه الغرامة « مسألة » فإن سمى خياطة ثوب فتلف لزم قدر أجرته ، إذ هى قيمة المنفعة (قش) خياطة ثوب بمثله إذ هو أقل جهالة (قش) بل مهر المثل رجوعا إلى بدل البضع . لنا ما مر .

« مسألة » (هب عش) و يصح أن يصدقها تعليم شعر مباح ، لا الهجو ، كتسمية الخمر . و يصح إصداق الكتابية تعليم القرآن إن رجى إسلامها ، لقوله تعالى (حتى يسمع كلام الله) (ى ابن الصباغ) وكذا لولم يرج ، إذ لم تفصل الآية (الاسفرايني المروزي) لا . قلت : وهو الأقرب لقوله ﷺ «لا تعطوا الحكمة غير أهلها فتظلموها» الخبر وقوله تعالى (فلا يقربوا المسجد الحرام) وحرمة القرآن أبلغ (ى) فان أصدق كتابى كتابية تعليم التوراة لم يصح ، إذ قد حرفوها ، فان ترافعوا إلينا قبل التعليم أفسدناه لا بعده إذ قد أوفى ما عقد عليه ، وهم مقررون . ولو كان المصدق مسلما أفسدناه قبل التعليم و بعده ، إذ لا يقر المسلم على ذلك ، لاعتقاده تحريمه « مسألة » (ى) و يصح جعل تعليم القرآن أو بعضه مهراً ، فتطالبه بالتعليم على عادة المعلمين ، ولها المطالبة بأى السور ، لاستوائها فى الفضل ، فان سمت بعضا لزمه بعينه ، لسؤاله ﷺ خطيب الواهبة نفسها له عما معه من القرآن ، فقال : البقرة والتى تليها فقال « زوجتكها على أن تعلمها عشرين آية » (ى) ولا يجب تعيين أى القراءات ، السبع لاستوائها لقوله ﷺ «كلها شاف كاف» الخبر . فان عين سورة لا يحفظها فوجهان : يصح كما لو أصدقها ألفا لا يملكه ، ولا ، كما و عين عبداً لا يملكه إلا أن يريد تحصيل التعليم استأجر محرما أو امرأة تعلمها فان طلبته تعليم غيرها تلك السورة فوجهان : يلزمه كما و اكترت بهيمة فطلبت أن تركب غيرها ، ولا ، إذ تعليمها أيسر عليه وأنفع له ، كما و أصدقها خياطة ثوب بعينه بنفسه لم يلزمه خياطة غيره

فصل فى حكم المهر

(قوله) «لا تعطوا الحكمة غير أهلها فتظلموها» تمامه «ولا تمنعوها أهلها فتظلموهم» حكاه فى الانتصار وغيره والله أعلم .

(قوله) « لسؤاله ﷺ خطيب الواهبة نفسها» الخ ، تقدم .

(قوله) « كلها كاف شاف » الخبر . لفظه فى حديث أخرجه الستة عن ابن عمر عن النبى ﷺ : « إن هذا القرآن أنزل على سبعة أحرف ، فاقرؤوا ما تيسر منه » وفى حديث أخرجوه إلا البخارى والموطأ عن أبى بن كعب قال فى بعض رواياته ما لفظه : «ثم قال رسول الله ﷺ : يا أبى أنزل القرآن على سبعة أحرف كلها كاف شاف » وفيه روايات كثيرة . (فائدة) قال مكى بن أبى طالب : القراءات التى يقرأ بها الناس اليوم ، وصحت روايتها عن الأئمة : إنما هى جزء وحرف واحد من الأحرف السبعة التى نزل بها القرآن . فأما من ظن أن قراءة كل واحد من هؤلاء القراء أحد الحروف السبعة التى نص النبى ﷺ عليها ، فذلك منه غلط عظيم .

إن طلبت منه (فرع) فان علمها ثم نسيت لم يلزمه الإعادة ، كلو خاط الثوب ثم انفتق فان أصدقها تعليم قرآن لزمه ثلاث آيات وقيل سورة ، وقيل آية . لنا ما سيأتى فى الإجارات قلت : ومن منع التأجير على تعليم القرآن منع جعله مهراً ، وهو المذهب كما سيأتى . فتفرض الصورة فى تعليم شعر أو دعاء أو نحوهما « مسألة » فلو قالت زوجنى بلا مهر فزوجها بمهر صح النكاح إجماعا ، إذ زاد خيراً ، كلو قال : بع بعشرة فباع بعشرين (فرع) (ى ه قين) فان قالت : سم لى ، أوسم كذا ، أو بمهر مثلى ، فخالف صح النكاح لا التسمية (بعصش) لا ، إذيصيرفضوليا . قلنا : يصح النكاح من دون تسمية فلايفسد بفسادها قلت فيه نظر إذ إذنها كالمشروط بما عينت . وقد ذكر بعض أصحابنا أن النكاح يكون موقوفاً لذلك ، وهو قوى . « مسألة » (ه ش فو) و إذا رضيت بدون مهر المثل فلا اعتراض للولى كالبيع بغبن (ح) عليه غضاضة فيعترض ، قلت لا عبرة بالغضاضة فى غير التكافؤ ، إذ القصد بالنكاح المراتب والنسب لا المال ، وقد مرت « مسألة » (ك ل د ح فر يه) و إذا سمى الأب للصغيرة دون مهر المثل صح ولزم ، إذ لا يتهم الأب فى تحرى المصلحة (ش فو لا يلزمها كلو باع متاعها بغبن فاحش) قلنا . لم تخير فى النكاح فكذا فى عوضه إذ المقصود بالنكاح رعاية المراتب والنسب ، لا المال . فان زوج أمتها بدون مهر المثل لم يلزم كالبيع (فرع) فان كانت كبيرة لم يلزم ، إذ هى أحق بنفسها . (فرع) (ه ح فر) فان زوج ابنه الصغير بأ كثر من مهر المثل صح لما مر (ش فو) لا ، كلو اشترى له بغبن . لنا ما مر (فرع) (ه) فان كانا كبيرين فأجازا صح لصحة الموقوف (ى) وغيره (هب) . فان أجازا العقد لا المهر صح العقد و بطل المهر ، إذ هما أمران مختلفان . وقيل الأجازة كالمشروطة بتمام مارسماه فيبطل العقد إن لم يتم . قلت : وهو قوى : فان قال المجيز أجزت بشرط كذا ، لم ينفذ قولا واحداً إلا بالشرط . (فرع) فإن لم ترض زوجة الابن إلا بالمسمى لم ينعقد ، إذ هو موقوف من الجهتين (فرع) (ع) فإن أجاز العقد مع العلم بالمهر نفذ كأجازة البيع بعد العلم بالثمن . « مسألة » و إذا سمى الزوج للوكيل مهراً فخالف انقلب فضولياً كما مر . « مسألة » ولو زوجها وكيل الولى بغبن غير فاحش ، فلا خيار لها بعد رضاها بالنكاح . وفى الفاحش وجهان : (ط) تخير المرأة ، فإن فسخت قبل الدخول فلا مهر لها ، إذ جاء من قبلها ، و إن رضيت صح . (م ع) لا خيار لها بل يخير الزوج بين الطلاق و يسلم نصف المسمى ، أو الدخول و يوفيها مهر المثل ، وفرقا بين وكيل

الولى ووكيل الزوج ، بأن وكيل الولى ثبت له مع الوكالة ولاية ، فانبرم العقد من جهة الولاية لا الوكالة . ودليل ذلك أنه لايجوز توكيل المرأة لاستلزامه الولاية لها ، بخلاف وكيل الزوج فلا ولاية له ، فلم يبرم عقده لاختلال الوكالة بالمخالفة . « مسـألة » وندب لمن له أمة أن يعتقها ويتزوجها ، لقوله ﷺ «ثلاثة يؤتون أجورهم مرتين» الخبر . ولفعله ﷺ فى صفية وجويرية » «مسألة» (ه عى ث لح ش ف) ؛ ويصح جعل عتقها مهرها كفعله ﷺ فى صفية (ك بن شبرمة) لا ، إذ لو صح جعل العتق عوضاً لزم كونه سلماً فى عقد فيصح : أسلمت إليك هـذا على أن تزوجينى نفسك ، والمعلوم بطلانه ، ولأن العتق عقد ، والعقود لاتثبت فى الذمة . قلنا : لاقياس مع النص ، سلمنا ، فالعتق فى معنى المنفعة ، إذ لو امتنعت لزمها السعى فأشبه الخدمة والسكنى . قالوا : يشبه خذى الدراهم على أن تبيعينى دارك . قلنا : البيع عقد ليس لمنفعة فى نفسه ، بخلاف العتق فافترقا . (فرع) (ه جميعا) ولا تستحق غير العتق حينئذ . لحديث صفيـة وجويرية (ح محمد) ، بل لها مهر المثل ، إذ صارت حرة فلا يستباح وطؤها إلا بالمهر . قلنا : ليس من شرط العقد ذكر المهر ، سلمنا ، فالعتق عوض عنه ، إذ لو امتنعت لسعت (فرع) ولا بد من تجديد

(قوله) « ثلاثة يؤتون أجورهم مرتين » الخبر . عن أبى موسى قال قال رسول الله ﷺ : «ثلاثة يؤتون أجورهم مرتين : عبد أدى حق الله وحق مواليه ، فذلك يؤتى أجره مرتين ، ورجل آمن بالكتاب الأول ثم جاء الكتاب الآخر فآمن به فذلك يؤتى أجره مرتين ، ورجل كانت عنده جارية وضيئة فأحسن أدبها ثم أعتقها ثم تزوجها يبتغى بذلك وجه الله ، فذلك يؤتى أجره مرتين . هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الموطأ .

(قوله) « ولفعله ﷺ فى صفية وجويرية عن أنس : أن رسول الله ﷺ أعتق صفية وجعل عتقها صداقها » « أخرجه أبو داود والنسـائى ، وهو طرف من حديث طويل أخرجه البخارى ومسلم . وعن عائشة قالت : وقعت جويرية بنت الحارث بن المصطلق فى سهم ابن قيس بن شماس أو ابن عمه فكاتبت على نفسها ، وكانت امرأة ملاحة لها فى العين حظ ، فجاءت تسأل رسول الله ﷺ فى كتابتها ، وذكرت الحديث إلى أن قالت : « فقال رسول الله ﷺ : فهل لك فيما هو خير من ذلك ؟ قالت : وما هو يا رسول الله ؟ قال : أؤدى عنك كتابتك وأتزوجك . قالت : قد فعلت » الخ . أخرج الحديث بكماله أبو داود .

النكاح بعد قبولها العتق إجماعا إلا عن (طا) إذ بحريتها بطل استمتاعه بالملك ، فلزم عقد آخر يستبيحها به ، و إذ قوله : جعلت عتقك مهرك لايقتضى سوى العتق ، وكونه مهرا . (فرع) (ه ها) و إذا عتقت بالقبول ثم أبت النكاح لم تجبر عليه ، إذ الرضا شرط ، فتجبر على السمى فقط (عي مد) بل تجبر إذ هو عوض عتقها فتجبر عليه ، كعوض المبيع المعين. قلت إنما تجبر على عوض المبيع بعد انبرام العقد ، وهنا النكاح لم ينعقد ، والرضا شرط فيه ، فافترقا . « مسألة » ولا بد من الشهادة على النكاح بعد العتق (مد) تكفى الشهادة على العتق مع شرط كونه مهراً . قلنا : لم ينعقد ، فلا تكفى « مسألة » (ه قين) و إذا أبت النكاح أجبرت على السعى فى قيمتها ، إذ لم تعتق إلا بعوض (ك فر) لا ، إذ لا دليل . قلنا :دليله القياس على سائر المتلفات عند تعذر الرجوع بالعين . « مسألة » فان لم ترض العتق والتزويج بطلا ، إذ هى معاوضة ، فاعتبر القبول « مسألة » . روى أصحابنا « أنه ﷺ جعل عتق صفية مهرها ، و إتمام كتابة جويرية ، كذلك وأنكرها (صش) قالوا : بل أمهرهما بعد العتق . قالوا : و إن صحت فخص له . ثم اختلفوا فى موضع الخصوص (الاسفراييني) هو خلو الجارية من المهر إذا أعتقها . وقيل : بل يلزمه نكاحها بعداً عن الخلف بخلاف غيره . وقيل : بل صحة تزوجه الأمة عَلَى قدر قيمتها ولو مجهولة ، لا غيره إلاحيث تكون معلومة . لنا رواية العدول مقبولة . « مسـألة » ولا يجبر على تزوجها ، بل له طلب القيمة ، إذ لم يرض بالعتق إلا بعوض ، والعوض القيمة ، إن لم يرض النـكاح ، وتقوم يوم العتق، إذ هو وقت زوال الملك . ويصح تراضيهما بخلاف ذلك ، فلو عقـد بمهر ساقط قدره من قيمتها إن اتفق الجنس . «مسألة» وصورها الصحيحة : قد جعلت عتقك مهرك . فأنت حرة على أن يكون العتق مهرك ، أو أعتقك على أن تزوجينى نفسك و يكون العتق مهرك ، أو أنت حرة بشرط كون العتق مهرك ثم تقبل فى المجلس (ى) أو إذازوجتنى نفسك فأنت حرة على أن يكون العتق مهرك . قلت : وفى هذا نظر ، بل أوضح الصور أعتقتك على أن يكون العتق مهرك،وتزوجتك به، فقبلت «مسألة» والصيغ الفاسدة حيث لايشـترط كون العتق مهراً ، بل يأتى به من غير حرف تعليق ، كأعتقتك وجعلت عتقك مهرك أو أنت حرة ، وعليك أن تزوجينى نفسك ، أو أنا أشترط عليك أن تتزوجى بي . فتعتق ولا يلزمها أن تزوج به ولا تسعى « مسألة » . فإن قالت لعبدها أعتقتك على أن تزوج بى فقبل ، أو قال أعتقينى على أن أتزوجك فأعتقت ، عتق ولا يلزمه

التزويج ولا السعى ، إذ التزويج حق له ، فهو كقولها أعتقتك على أن أزيدك مائة درهم ، بخلاف الأمة فإن التزويج حق عليها لا لها . وقيل : يلزمه السعى على أصلنا لفوات غرضها « مسألة » (ع) ولو قالت الأمة : أعتقنى على أن تزوجنى ، فقال : تزوجتك على عتقك وأعتقتك . عتقت ولا تزويج بذلك ، إذ قد وقع قبل العتق « مسألة » والحيلة فى إلزامها التزويج أن يقول : إن علم الله أنى إذا أعتقتك تزوجتك ، فأنت حرة على أن يكون العتق مهرك ، فتقبل ثم يتزوجها فتصح ، إذ ماينكشف تقدم الحرية ، فان امتنعت بطل العتق . قلت وكذلك لو أعتقت عبدها على هذا الشرط فهى حيلة لها « مسألة » ولو قال : أعتق عبدك عنى على أن أزوجك ابنتى ، فأعتق عتق عن السائل ولا يجبر على التزويج ، ولكن عليه قيمة العبد لأجل الشرط . فإن قال : أعتق عبدك عن نفسك على أن أزوجك ابنتى ، فأعتق فامتنع السائل من التزويج لزمت القيمة ، إذ أعتقه سيده بعوض ، كلو قال : طلق امرأتك على مائة «مسألة» (ع) وما سمى بتخيير تعين الأقرب إلى مهر المثل ، إلا حيث أحدهما دونه والآخر فوقه ، فإنه يتعين الناقص و يوفى مهر المثل ، إذ القسمية فاسدة بالتخيير، فلزم مهر المثل، لكن لتعيينهما حكم أوجب ألا يعدل عن أحدهما ، إذ هو أقرب من الرجوع إلى مهر المثل. وتوفى على الناقص ، ولا ترد زيادة الزائد ، إذ قد رضى الزوج ببذلها «مسألة» (ه) ومن تزوج امرأة على طلاق أخرى طلقت بالعقد ، كلو قال : طلاقك العقد بفلانة ، أو خروجك ، ولزمه مهر المثل بالدخول ، إذ الطلاق ليس بمال فبطلت تسميته. فإن قال : على أنى أطلق فلانة لم تطلق ، إذ هو وعد « مسألة » وللمريض التزوج بفوق مهر المثل ، إن لم يكن بدونه ، و إلا فمن الثلث اذ يكون توليجا (ق) وندب أن يقدم لها شيئاً من صداقها لأمره ﷺ عليا عليه السلام بذلك ، وقوله من «قدم كفا من تمر فقد استحل» والاهتمام بالوفاء لقوله ﷺ «أحق ماوفيتم به من الحقوق ما استحللتم به الفروج» «مسألة» وتستحق كال المهر بالوطء ، و إن وقعت الفرقة بأى وجه ، إذ قد استوفى عوضه «مسألة» ولا يصح شرط الخيار فى المنكوحة ، بل يلغو ، وكذا خيار الرؤية إذ موضوع عقد النكاح على اللزوم وعدم التروى «مسألة» (هب لش) و يصح شرط الخيار فى المهر كثمن المبيع (لش) بل يلغو كفى النكاح (لش) بل تفسد القسمية

(قوله) « احق ما وفيتم به من الحقوق » الخ . لفظه عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال : « أحق ما أوفيتم به من الشروط مااستحللتم به الفروج » أخرجه الستة إلا الموطأ

و يجب مهر المثل إذ يبطل الخيار فيه كالنكاح ، والفاؤه كالغاء جزء منه مجهول فيصير مجهولا (فرع) (ى هب قش) فان شرطا الخيار فيهما معا بطل المهر وصح النكاح (فش) طابل يفسدان معا . قلت والأقرب أن يلغو النكاح و يلزم فى المهر لما مر « مسألة » ويرد المهر بالعيب الفاحش اجماعاً ، كالثمن المعيب (ى ن) وعن (يه ش فر) وكذلك اليسير كالمبيع (ح ف) لا ، إذ رده يوجب الرجوع إلى قيمته صحيحاً ، ولا ينفسخ النكاح ، والتفاوت فى اليسير يخفى على بعض المقومين، فيتعذر الرد بخلاف المبيع ، فانفسخ بالعيب اليسير يبطل العقد ، و بخلاف الفاحش فهو لا يخفى فيمكن جبره. قلنا : لا نسلم خفاء اليسير إلا حيث لا ارش له ، وذلك ليس بعيب (فرع) وتخير بين عين المعيب ومهر المثل ، فإن تعيب بفعلها فلا خيار ،إذ جنايتها كالقبض (ى) فان قلنا بجواز اختيارها القيمة لتعيبه قبل التسليم فوجوه : يقوم يوم الصداق إذ هو وقت استحقاقه ،أو يوم التعيب إذ هو الموجب للتقويم ، أو يوم الخصام اذ هو وقت تقرر القيمة « مسألة » (ه ط) وما شرط مع مهرها لغيرها استحقته لا الغير ، إذ هو عوض بضعها ، فان تبرعت به من بعد جاز (ش) بل تفسد التسمية بذلك ، إذ جعله لغيرها خلاف موجب التسمية فأفسدها . قلنا : لا جهالة فيه تقتضى الفساد (ف) إن شرط للزوج أو لمن يختص بالزوجة كالأب صح، ولزم، إذ هو فى حق الزوج حط مما عليه ، وفى حق قرابتها صلة منها (مد) إن شرط للزوج صح إذ هو حط قلنا: جعله عوض بضعها يقتضى كونه لها فلا وجه لما قالوا (فرع) فان شرط قبل العقد فرشوة ، إذ هو على واجب ، و بعده صلة حلال ، لقوله ﷺ « أحق ما أكرم الرجل على بنته وأخته » «مسألة» فان شرط فى العقد أن يطأها ليلا ونهاراً أو يحسن إليها صح ، ولا يؤثر عدم الوفاء فى المهر ، إذ هو من موجب العقد « مسأله » (ه قين ك) و يلغو شرط خلاف موجبه ،كعلى ألا ينفقها أولا يتزوج عليهـا

(قوله) «أحق ما أكرم الرجل على بنته وأخته» لفظه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله ﷺ «أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها ، وما كان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطته ، وأحق ما أكرم عليه الرجل ابنته أو أخته» أخرجه أبو داود والنسائى .

أو لا يكلم أباهاء أو على أن تخرج من بيته متى شاءت. لقوله ﷺ « كل شرط ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله فهو باطل» أى غير موافق لمقتضاها . ومقتضاها أن النكاح يوجب خلاف هذه الشروط (ى) لكن تفسد به تسمية المهر ، إذ تركت جزأ منه لأجل الشرط، وهو مجهول فيرجع إلى مهر المثل (٢ معاوية ثم عمر بن عبد العزيز وشريح ثم مد أبو الشعثاء من الفقهاء) بل يلزم الشرط لقوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » فينفسخ إن لم يف إذ هو فائدة الشرط ، كصغيرة بلغت ، قلنا : خبرنا أصرح ونقول بموجب خبركم ، وهو ندب الوفاء (ابن خيران من صش) بل لها الأقل من المسمي ومهر المثل، إذ قد رضيت المسمى مع الوفاء قلنا : الشرط أفسد التسمية فكأنها لم تكن قلت : فيه نظر ، والقياس صحتها إلا أن يصرح باسقاط شيء لأجل الشرط فسدت مع الاحتمال لا التعيين « مسألة » (ى فوهب) فان عقد ،ألف ان لم تخرج من بلدها ، أو ألفين ان أخرجها، صح العقد والشرط، لعموم قوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم : إلا ما خصه دليل ، ولا دليل على بطلان هذا (ح) بل يصح العقد و يلزمها إن وفى و إلا فمهر المثل ، إذ عدم الوفاء يفسده (شص) بل تفسد التسمية مطلقا بالتخيير كثمن المبيع قلنا · يغتفر فى النكاح ما لا يغتفر فى البيع من الجهالات فافترقا « مسألة » فان شرطت أن لا يطأها فسد العقد لما مر ، فان شرطه الزوج صح العقد ولغا الشرط ، إذ هو حق له ، وله إسقاط حقه ولا يلزم .

فصل فى الافضاء

« مسألة » ومن زنى ببكر كرها حد إجماعاً ، إذ لاشبهة (ه ط ع) وعليه نصف العقد ارشا لهدم البكارة إذ أرشها مهر كامل لقضاء (على و ٢) به على امرأة اقتضت بكراً بأصبعها

(قوله) « كل شرط ليس فى كتاب الله ولا فى سنة رسوله » تقدم ، لكن ليس فيه قوله « ولا فى سنة رسوله » .

(قوله) « المؤمنون عند شروطهم » سيأتى فى باب الصلح إن شاء الله تعالى .

فصل فى الافضاء

(قوله) « لقضاء على وعمر » الخ . روى عن على عليه السلام فى امرأة اقتضت امرأة باصبعها وقالت : وجدت عليها رجلا فقضى عليها بصداقها كاملا» هكذا حكاه فى الشفاء . قال فى الانتصار : وعن عمر مثله والله أعلم .

ولم يخالفا . والواطىء زان جان فوجب المهر من حيث الجناية ، وسقط من حيث الزنا، فلما لزمه من وجه وسقط عنه من وجه . ألزمناه النصف تحويلا . والأصل في التحويل فعله ﷺ في دية بني جذيمة

(قوله) «والأصل فى التحويل فعله ﷺ فى دية بنى جذيمة وقصتهم مشهورة» . قلت: قد ذكر ما يتضمن ذلك فى الانتصار، ونسبه إلى سيرة ابن هشام وهو سهو ظاهر، إذ ليس فى قصة بنى جذيمة أن النبى ﷺ أمر لهم بنصف الدية فقط، وإنما ذلك مذكور فى حديث سرية خثعم، والذى فى سيرة ابن هشام ما لفظه : عن أبى جعفر بن محمد بن على قال « بعث رسول الله ﷺ خالد بن الوليد حين افتتح مكة داعيا، ولم يبعثه مقاتلا، ومعه قبائل من العرب سليم بن منصور، ومدلج ابن مرة ، فوطئوا بنى جذيمة بن عامر بن عبد مناة بن كنانة فلما رآه القوم أخذوا السلاح، فقال خالد: ضعوا السلاح فان الناس قد أسلموا قال ابن إسحاق . وحدثنى بعض أصحابنا من أهل العلم من بنى جذيمة قال : لما أمرنا خالد أن نضع السلاح قال رجل منا يقال له جحدم ويلكم يا بنى جذيمة إنه خالد، والله ما بعد وضع السلاح الا الاسار، وما بعد الاسار الا ضرب الاعناق ، والله لا أضع سلاحى أبدا . قال : فأخذه رجال من قومه فقالوا : يا جحدم أتريد أن تسفك دماءنا ؟ إن الناس قد أسلموا ووضعت الحرب وآمن الناس، فلم يزالوا به حتى نزعوا سلاحه ،ووضع القوم السلاح لقول خالد . ثم قال : لما وضعوا أمر بهم خالد عند ذلك فكتفوا ثم عرضهم على السيف فقتل من قتل منهم ، فلما انتهى الخبر إلى رسول الله ﷺ رفع يده إلى السماء ثم قال : اللهم إنى أبرأ إليك مما صنع خالد بن الوليد . قال ثم دعا رسول الله ﷺ عليا فقال: يا على ، اخرج إلى هؤلاء القوم فانظر فى أمرهم ، واجعل أمر الجاهلية تحت قدميك . فخرج على عليه السلام حتى جاءهم ومعه مال قد بعث به إلى رسول الله ﷺ ، فودى لهم الدماء وما أصيب من الأموال، حتى أنه ليدى لهم ميلغة الكلب وعلبة الحالب، حتى إذا لم يبق شىء من دم ولا مال الا وداه، بقيت معه بقية من المال، فقال لهم على حين فرغ منهم: هل بقى لكم دم أو مال لم يؤد لكم ؟ قالوا : لا، قال: فانى أعطيكم هذه البقية من هذا المال احتياطاً لرسول الله ﷺ مما لا يعلم ولا تعلمون. ففعل ثم رجع إلى رسول الله ﷺ فأخبره الخبر، فقال له: أصبت وأحسنت . ثم قام رسول الله ﷺ فاستقبل القبلة قائماً شاهراً يديه حتى أنه ليرى ما تحت منكبيه يقول : اللهم إنى أبرأ إليك مما صنع خالد ابن الوليد. ثلاث مرات، انتهى مختصراً بلفظه. والذى فى الجامع فى هذه القصة مالفظه : عن ابن عمر قال« بعث النبى ﷺ خالد بن الوليد إلى بنى جذيمة فدعاهم إلى الاسلام فلم يحسنوا أن يقولوا أسلمنا ، فجعلوا يقولون: صبأنا صبأنا. فجعل خالد يقتل ويأسر، ودفع إلى كل رجل منهم أسيره، فقلت والله لا أقتل أسيرى ولا يقتل الرجل من أصحابى أسيره، حتى قدمنا على رسول الله ﷺ ذكرناه فرفع يديه فقال: اللهم إنى أبرأ إليك مما صنع خالد مرتين» أخرجه البخارى والنسائى. ولم يذكرا أن

وقصتهم مشهورة (ح) بل يجب الأرش كاملا لـكن لايزيد على مهر المثل كلو وطئها حلالا . قلنا : منع التكميل التحويل (ى) وقضى (على و ٢) بالنصف وهو توقيف. قلت : فيه نظر إذ أول القصة يدفعه (ش) بل يلزم مهر المكرهة ولو ثيبا إذ استهلك منافع بضعها فلزمه قيمتها كلو نكحها. قلنا : لم يوجبه مهراً بل أرشا ، إذ لايجتمع حد ومهر لاختلافهما فالحد يسقط بالشبهة، بخلاف المهر فلا يجبان بسبب واحد ، ولأن الزنا يسقط المهر كالمطاوعة ، « مسألة » (ه حص) ولا عقر على من استكره ثيبا (ش) بل يلزم إذ ما أوجب العقوبة أوجب الغرامة، كجناية السكران . قلنا : لايجتمع حد ومهر ، والسكر والجناية فعلان مختلفان ، « مسألة » فان افتض بكراً بأصبعه لزمه المهر كاملا لقضاء (على و ٢) فإن أفضاها لزمه مع العقر الدية ان سلس البول و إلا فثلثها إذ هي جائفة « مسألة » (ه ش محمد) فإن وطىء بشبهة فلا حد ولزمه المهر وأرش الافضاء، لاختلاف موجبهما ، كلو وطئها وقطع يدها (ح) بل يدخل الأقل فى الأكثر، كلوقطع يدها ثم قتلها ، ثم أسقط القصاص، فليس لها إلا دية . قلنا : اليد بعض النفس فدخلت قيمتها فى قيمتها ، فافترقا «مسألة» (ح ه) ولا عقر للبكر المطاوعة ولا أرش لافضائها، إذ أباحت دمها لغرض نفسها، فسقط عنه كالمداوى البصير، بخلاف من أباح قطع يده «مسألة» ولاشى فى افضاء الزوجه الصالحة بالمعتاد، كجناية المداوى البصير ويلزم إن خالفه .

النبي ﷺ وداهم على العقل ولانصفه والله أعلم والذى فى هذا الموضع من الشفاء مالفظه « والأصل فى ذلك خبر السرية التى أمرها رسول الله ﷺ إلى خثعم ، فاعتصم أناس منهم بالسجود فأسرع فيهم القتل، فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمرلهم بنصف العقل اه . وفى الجامع : عن جرير بن عبد الله قال بعث رسول الله ﷺ سرية إلى خثعم فاعتصم أناس منهم بالسجود فأسرع فيهم القتل فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فأمر لهم بنصف العقل ، وقال « أنا برىء من كل مسلم يقيم بين أظهر المشركين» قالوا: يارسول الله لم قال «لاتراءى ناراهما» قال أبو داود والترمذى : وقد رواه جماعة ولم يذكروا جريرا. قال: وقد روى مرسلا وهو أصح وأخرج النسائى عن إسماعيل عن قيس ولم يذكر جريراً .

(قوله) « وقضى على و (٢) بالنصف »قلت قد تقدم عنهما أنهما قضيا فى ذلك بالعقر كاملا ولعل هذا وجه النظر

فصل

(٥٥١) وموت الزوجة كالدخول فى استقرار المهر، إذ هو حد انقضاء الزوجية كاستكمال الاجرة بتخلية العين، حتى مضت مدة الاجارة و إن لم يستعمل (ى قين) وكذا لو مات الزوج لذلك (ن بعض الأمامية) بل نصفه هنا كالطلاق. قلنا: الطلاق قاطع للنكاح، والموت غير قاطع. بل انتهت مدته فافترقا(ى) ولاجماع الصحابة والتابعين قبل هذا الخلاف (المروزى والاصطخرى) يسقط مهر الأمة بموت الزوج قبل الدخول، لا الحرة. قلنا: لم يفصل الدليل (فرع) ولا فرق بين أن تموت أو تقتل نفسها أو يقتلها غيرها، أو يموت أو تقتله (ح) يسقط مهرها إن قتلها وليها أو نفسها، اذا الفسخ من جهتها كلو ارتدت. قلنا: الفرقة بانقضاء الأجل فأشبه الموت (الأستاذ) يسقط ان قتلته كالميراث. لنا مامر «مسألة» و يستقر المسمى بالوطء إجماعاً، لقوله تعالى (ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً) الآية. فإن وطىء فى الدبر فوجهان: أصحهما كالقبل وقيل لا، إذ المهر فى مقابلة مايملكه بالعقد، ووطء الدبر لايملك به. قلنا: لم يفصل قوله تعالى (وقد أفضى بعضكم إلى بعض) (فرع) (هب شص) والدبر كالقبل إلا فى الاحلال، لقوله ﷺ «حتى تذوقى عسيلته» والاحصان، إذ هو فضيلة فلا يتم الا بوطء حلال، و إلا أحصن الزانى. والفيئة إذ لايذهب المضاضة وزوال العنة إذ قد يكون عنينا فى فرج دون فرج آخر، وزوال حكم البكارة فى الرضا، إذ لم يذهبها فلم يزل حكمها، (فرع) ووطء الدبر فى الشبهة يوجب مهر المثل كالقبل لقوله ﷺ «بما استحل من فرجها» ولم يفصل و يحنث به من حلف من الوطء إذ أوجب الحد فأوجب الحنث (الغزالى) لا، لأن الوطء إصابة فى القبل عرفاً، وإذ لايرفع الايلاء. قلنا: لمعنى آخر «مسألة» (يه ن حص) ولها فى المهر المعين قبل القبض كل تصرف، إذ هو ملك لاينفسخ سلفه فأشبه الميراث، وهذا ضابط لما يتصرف فيه قبل القبض، فيدخل مال الخلع، ومال الصلح عن الدم (م ش) لايصح بيعه (قش) ولا أي تصرف كالمبيع، «لنهيه ﷺ عن بيع مالم يقبض» قلنا: أراد المبيع قبل قبضه، إذ لايستقر ملكه إلا بالقبض، بخلاف الميراث وما أشبهه و إلا لزم فى الوديعة فأما الذى فى الذمة فلا يباع إلا ممن هو فى ذمته، إذ هو فى حقه كالحاضر، وفى غيره يؤدى الى الشجار، و إلى الكالىء بالكالىء أو إلى

(قوله) «لنهيه ﷺ عن بيع مالم يقبض» سيأتى فى البيع إن شاء الله تعالى.

بيع المعدوم « مسألة »ولها إبراء الزوج من المهر ، وهبته ونذره كغيره (فرع) (ع) ولا يصح الابراء من غير المسمى قبل الدخول ، إذ ليس بمتقرر فهو كالإبراء من الحق قبل وجوبه . ولا يسقط مهر الصغيرة بابراء أبيها إذ ليس إليه ذلك « مسألة » (ى) فإن استغله قبل تسليمه فلا ضمان ، لقوله ﷺ « الخراج بالضمان » بخلاف الفوائد الأصلية ، إذ ليست خراجا . قلت : وفيه نظر .

فصل فى فساد المهر وأحكامه (١)

« مسألة » قد يفسد لعدم صحة تملكه كالخمر والميتة ، ولجهالته ، كعلى ما يكتسبه هذا العام ، وكعلى حكمها أو حكمه ، فهذه كعدمها ، فيجب مهر المثل فان فسد لقدره لكونه دون عشرة كمل بالدخول عشرة فقط ، إذ قد رضيت بدون المثل ، فإن طلق قبل الدخول فنصف العشرة ، و إن مات كملت العشرة كالدخول ، وقيل المسمى . قلنا : لا وجه له و إن فسد لمخالفة الوكيل أو الولى ، فالحكم كما مر ، « مسألة »وقد يفسد حيث فى تصحيح النكاح إبطاله ، كقبول النكاح للعبد ، وجعله صداقها ، فيبطلان وحيث يتضمن رفع المهر فقط ، كجعل الأب مهر امرأة ابنه الصغير من يعتق عليه ، إذ القضاء عنه يستلزم دخوله فى ملكه ، فيعتق . وقد يفسد لأجل الشرط كما مر فإن أمهرها عبداً بألفين على أن يرد له ألفا فقد اشتمل على نكاح وبيع ، فيصحان إن رضيتهما و إلا بطلا لئلا تفرق الصفقة ، فإن تزوج أربعاً بعبد واحد وقرش صح إن رضين ، ووزع إما على الرؤس و إما على قدر مهر المثل (ص) فإن عقد على مهر المثل صحت إن كان معلوما ، و إلا فسدت (أبو جعفر) ويصح على دار فى الذمة وقيل لا . قلنا : كغيرها من القيميات

فصل

(ه حص)ومن لم يسم أو سمى تسمية باطلة ، فطلق قبل الدخول لزمته المتعة ، لقوله تعالى (وللمطلقات متاع بالمعروف) وسيأتى تحقيقها (ش) بل نصف مهر المثل ، إذ هو مع عدم التسمية كالمسمى ، بدليل وجوبه بالدخول . قلنا : إنما وجب عوض ما أتلف لا لأجل الشرط (فرع) (ه حص قش) فان دخل فلا متعة مع مهر المثل ، إذ شرط فى المتعة عدم المس لقوله تعالى (ما لم تمسوهن)

---

(١) هذا الفصل ليس له تخريج . ع

وهذا قد مس (على ٢ الحسن بن على عم ش) بل يجب لعموم (وللمطلقات متاع بالمعروف) قلت: أراد النفقة ، أو التى لم يسم لها ولم تمس جمعاً بين الأدلة . قالوا : قال (فتعالين أمتعكن وأسرحكن) قلنا: أراد نفقة العدة لذلك (فرع) (ط) المطلقات ثلاث : فالتى لم يسم لها ولم تمس، لها المتعة إجماعا ولا متعة لمن سمى لها ، وطلقها قبل المس إجماعا . والخلاف فى التى مست سمى لهـا أم يسم لها . قلت : فى دعوى الإجماع الأول نظر ، إذ قد مر خلاف (ش) (فرع) وإن مات قبل الدخول فلها الميراث إجماعا (على ع عم زيد بن ثابت) ثم (هـ ك ل عى قش هق) ولا تستحق غيره ،إذ لم ترد المتعة إلا للمطلقة ، والخلوة هنا لا توجب شيئـا (عو حص المنتخب ابن شبرمة لى حق قش) بل لها مهر المثل ، إذ الموت كالدخول . قلنا : وجب بالدخول عوضاً عما استهلك بالوطء فافترقا . قلت : ثم بموتهما كتلف العين المستأجرة ، التى لم تسم أجرتها قبل استيفاء منافعها . قالوا :تردد

فصل ومن لم يسم الخ

(قوله) «تردد (عو) » الخ عن ابن مسعود فى رواية مسروق فى رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ، ولم يفرض لها الصداق فقال: لها الصداق كاملا وعليها العدة ولها الميراث . فقال معقل ابن يسار «سمعت رسول الله ﷺ قضى بها فى بروع بنت واشق» وفى رواية علقمة عنه نحوه. وفى رواية عبد الله بن عتبة قال : « أتى ابن مسعود فى رجل بهذا الخبر قال فاختلفوا إليه شهرا ، أو قال مرات . قال فانى أقول فيها إن لها صداقا كصداق نسائها ، لاوكس ولا شطط وإن لها الميراث وعليها العدة فان يك صواباً فمن الله ، وإن يك خطأ فمنى ومن الشيطان ، والله ورسوله بريئان . فقام أناس من أشجع منهم الجراح وأبو سنان فقالوا: ياابن مسعود نحن نشهد أن نبى الله قضى فينا فى بروع بنت واشق وزوجها هلال بن مرة الأشجعى كما قضيت . قال ففرح بها عبد الله فرحا شديداً حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله ﷺ » أخرجه أبو داود وللترمذى والنسائى نحوه (تنبيه) حكى فى أصول الأحكام عن زيد بن على عن أبيه عن جده عن على عليـه السلام فى رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقا ، ثم توفى قبل أن يفرض لها ، وقبل أن يدخل بها قال : لها الميراث وعليها العدة ، ولاصداق لها ، وفى الجامع عن نافع أن ابنة لعبد الله بن عمر ، وأمها بنت زيد بن الخطاب ، كانت تحت ابن لعبد الله بن عمر ، فمات عنها ولم يقربها ، وكان لم يسم لها صداقا ، فجاءت أمها تبغى من عبدالله صداقها ، فقال لها ابن عمر : لاصداق لها ، ولو كان لها صداق لم أمسكه ولم أظلمها ، فأبت أن تقبل منه ، فجعلوا بينهم زيد بن ثابت ، فقضى أن لا صداق لها ، ولها الميراث » أخرجه الموطأ

(هو) شهراً ثم قضى بالمهر، فقال معقل: قضيت بما قضى به رسول الله ﷺ في برْوع بنت واشق قلنا: رواية مضطربة: روى معقل بن سنان، وروى ابن يسار، وروى أبو سنان. وقال عليّ عليه السلام «لا نقبل رواياته أعرابي بوّال على عقبيه» الخبر – فضعفت (ى) ولعلى عليه السلام فى أحوال الرواية تفصيل حسن، نذكرها هنا وهو قوله – وقد سئل عن أحاديث البدع – «إنما فى أيدى الناس حقاً وباطلا، وصدقا وكذبا» إلى آخره. ولقد أجاد فى ضبط ذلك (عق) بل المتعة، لقوله تعالى (وصية لأزواجهم متاعا إلى الحول). قلنا: أراد النفقه كما سيأتى (عق قن) بل ومتعة لها. لنا ماص. «مسألة» و إذا انفسخ نكاح من لم يسم لها مهراً، فلا متعة ولا مهر، إذ شرط المتعة الطلاق كما فى الآية. وكذا شرط النصف التسمية، للآية. وقيل لها المتعة حيث انفسخ من جهته كالطلاق.

«مسألة» و إذا ترافع الزوجان الذميان إلى مسلم، حكم بينهما فى ابتداء النكاح بما يصح فى مذهبه وأما فى استدامته فيفرق مالم يخرج عن إجماع المسلمين، وينقض ماخالفه. فإن تنازعا بعد إسلامها وكان العقد على خمر، وقد قبضته فى حال الكفر، لم تطالب بغيره، لقوله تعالى (يغفر لهم ماقدسلف) (ه ش) وإلا حكم لها بمهر المثل لطرو فساد التسمية بالإسلام (ح) بل ما سمى لها، لقوله ﷺ «بل ما تراضى به الأهلون» قلنا: مما يصح أن تملكه، فإن كانت قد قبضت بعضه سقط قسطه من

(قوله) «رواياته مضطربة» الخ. قلت: الذى ورد فى الكتب المعتبرة فى بعض الروايات. معقل بن سنان وفى بعضها أبو سنان ولاتنافى بينهما. وأما معقل بن يسار فهو رجل آخر، وليس براو لهذا الحديث، والله أعلم.

(قوله) «لا يقبل قول أعرابى» الخ فى أصول الأحكام عن على عليه السلام أنه قال فى حديث معقل المتقدم ذكره «لا نقبل قول أعرابى بوال على عقبيه على كتاب ربنا وسنة رسوله» انتهى.

(قوله) «ولعلى عليه السلام فى أحوال الرواة» الخ روى أن عليا عليه السلام سئل عن سبب اختلاف الناس فى الحديث فقال: الناس أربعة: رجل منافق كذب على رسول الله ﷺ متعمدا فلو علم الناس أنه منافق ماصدق ولا أخذ عنه. ورجل سمع رسول الله ﷺ يقول قولا أو يفعل فعلا ثم غاب فنسخ ذلك من قوله أو فعله، فلو علم أنه نسخ ماحدث ولا علم به، ولو علم الناس انه نسخ ماقبلوا منه ولاأخذوا عنه. ورجل سمع رسول الله ﷺ يقول قولا فوهم فيه، فلو علم أنه وهم ماحدث ولا عمل. ورجل لم يكذب ولم يهم، وشهد ولم يغب، فانما دل بهذا على نفسه» اه. هكذا وجدته فى كتاب عتيق جداء لم أعرف مصنفه. وقد حكاه فى الانتصار أبسط من هذا والله أعلم.

(قوله) «ما تراضى به الأهلون» تقدم

مهر المثل ، لما مر . و يعتبر القدر فى المستوى ، والتقويم فى المختلف فى الأصح ، إذ هو الأعدل . وقيل : بالعدد . فإن عقدا على دم أو ميتة لزم مهر المثل، لتحريمهما فى معاملتهم (ع) إذا تما كما قبل الاسلام والخنزير غير معين ، كان لها الوسط من الخنازير محمول على طلبهم الفتيا لا الحكم منا ذكره ابن أبى الفوارس .

فصل فى حكم المهر مع فساد العقد

«مسألة» (م ط جم ح) وإذا عقد النكاح فاسداً لزم بالوطء ، مع الجهل ، الأقل من المسمي ومهر المثل، إذ قد رضيت بالدون (ش فر) بل لها مهر المثل ، لقوله ﷺ «فلها مهر مثلها» الخبر ولم يفصل . قلنا : مخصص بالقياس على من رضى بدون ما يستحقه . قالوا : فيلزم لزوم ما زاد على المثل لذلك . قلنـا : منعه قوله ﷺ « فلها مهر مثلها » . قلنا : والإجماع ، فإن رضيا بالزيادة جاز ، لقوله ﷺ « لايحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه » (لح خعى ك) بل لها المسمى لعموم (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة) . قلنا : مجملة بينها الخبر والقياس (فرع) و إنما يجب الاقل من المسمى ، ومهر المثل حيث فسد العقد وسمى المهر ، ودخلا مع الجهل ، والوجه ظاهر « مسألة » والنكاح الفاسد كالصحيح إلا أنه لا يقتضى الإحلال ، لقوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) والخطاب يتناول المتعـارف ، والمتعارف : العقد الصحيح ، ولا يقتضى الإحصان إذ هو فضيلة ، فلا تثبت بالفاسد ، ومعرض للفسخ بالتراضى أو بالحكم (ى) فإن دخلا فيه عالمين فعاصيان ولا حد عليهما ، إذ الخلاف من أعظم الشبه . قلت : وقد مر وجوب الحد وهو الأصح ، ولا إحداد ولا لعان ، والخلوة فيه لا تكمل المهر ، وقد فصلت فى مواضعها . ومتى حكم الحاكم بصحته لم ينفسخ من بعد بالفساد إجماعاً ، لرفع الحكم بالخلاف .

فصل فى حكم المهر الخ

(قوله) « فلها مهر مثلها » تقدم بمعناه
(قوله) «إلا بطيبة من نفسه» تقدم

فصل فى التفويض

هو فى اللغة : أن تكل أمرك إلى غيرك . وفى الشرع :إخلاء العقد عن المهر بأمر المرأة ، فيقال : امرأة مفوضة ـ بالكسر ـ حيث التفويض منها ، و بالفتح ـ من وليها ، وهو ضربان تفويض مهر ، كتزوجتك على أى مهر شئت أو شئت أو شئنا ، فيصح العقدلا التسمية وتفويض بضع ، وهو السكوت عن المهر ، أو قوله : زوجتكها من غير مهر «مسألة» وندب فرضه قبل الدخول كتقديم شيء منه ، لئلا تشبه البغى ، فإن دخل قبل ذلك ، فمهر المثل للخبر ولا نكاح بلا مهر إلا فى حقه ﷺ . فإن طلقها قبل الدخول ، فالمتعة لما مر (فرع) (هب ش) و إذا دخل بها استحقت مهر المثل بالدخول لا بالعقد (ح قش) بل بالعقد ، و إلا لم يتنصف المسمى ،ولم يستقر بالدخول ، ولما استحقت المطالبة بفرضه . قلنا : التنصيف بالطلاق للاية . واستقراره بالدخول ليس لأجل العقد ، بل للاستهلاك ، والمطالبة بالفرض ليس لأجل استحقاقه بل لثبوته.«مسألة » (هب قين) ولها بعد الدخول المطالبة بفرض مهر المثل ، إذ قد استهلك منافع البضع.فعليه تعيين القيمة (قن) لا ،إذ قد أسقطت حقها بالتمكين قبل التسمية . قلنا : إنما يسقط ماقد تقرر ولا تقرر قبل الوطء (فرع) وليس للحاكم فرض أكثر من مهر المثل ، إذ هو القيمة (فرع)و يصح فرضها و يجوز التراضى بالزيادة والنقصان ، و يلزم إن علما مهر المثل ، فإن جهلا فوجهان : أصحهما يصح فرضها ، إذ لا يخلو عن زيادة أو نقصان أو مساواة ، فإن كان الفارض الحاكم ، لم يفرض إلا نقداً كقيم المتلفات . قلت : فان كان مهر مثلها جوارى أو نحوها ، فلا يبعد صحة فرض مثله ، إذ قيمة البضع تدخلها الجهالة ، و إن فرضه الزوجان فرضا ما شاء بالتراضى « مسألة » (يه حص) فإن شرط الزوج أن لا مهر لها مطلقا ، صح العقد ولغى الشرط ، لما مر (زقش) بل يفسد العقد . لنا : ما مر فى تصحيح العقد من دون ذكر مهر ، فكذا مع شرط عدمه « مسألة » وللمفوضة حبس نفسها حتى يسمى، كحتى يسلم ، وفى صحة الإبراء قبل الدخول مامر « مسألة » ولا تفويض من صغيرة ومجنونة،

فُصل فى التفويض

(قوله) «للخبر»هو قوله ﷺ «فلها المهر بما استحل من فرجها» تقدم

إذ لا حكم لإذنهما ، وللسيد التفويض فى أمته ، إذ المهر إليه ، ويطالب بالفرض ، فإن باعها أو أعتقها قبله فهو للمشترى ، أولها إذ لا يجب إلا بالوطء كما مر . قلت : إلا أن يكون قد دخل قبل ذلك فللبائع « مسألة » والعبرة بمثلها يوم العقد ، إذ هو سبب المهر ، وقيل : يوم الدخول ، إذ هو وقت استقراره (ى) وهو الأقرب (أبوالطيب الطبرى) بل بالأكثر من يوم العقد إلى الوطء «مسألة» (هن)والعبرة بمثلها من قرابتها من قبل أبيها ، إذ هوالمعتبر فى الشرف لا الأم (ك) بل بنساء بلدها فى الخصال ، ولا عبرة بالنسب ، إذ للبلد تأثير فى الطبائع (لى) بل بقرابتها من قبل أمها ، إذ له تأثير فى تماثل خصالهن ، ولا عبرة بالنسب . قلت : النسب معتبر فى التماثل شرفا وخسة ، والمهر يختلف بحسب ذلك ، والمعتبر شرف الأب بدليل (إن الله اصطفى آدم ونوحا وآل إبراهيم)الآية وقوله ﷺ « كمل من الرجال كثير ، ولم يكمل من النساء إلا أربع:خديجة وفاطمة ومريم وآسية» « مسألة » (ه ش) وتعتبر المماثلة فى الخصال الشريفة ، كاعتبـار النسب . وهى الجمال والأدب والعقل والصغر والبكارة والدين واليسار والصناعة وحسن التدبير ، إذ التفاضل فيها يؤثر فى فضل المهر . قلت : وذلك يختلف بالعرف ، فى الناس من لا يفضل الحسناء على أختها الشوهاء ، ولا يعتبر إلاالنسب ، والمتبع العرف (فرع) ويقدم اعتبار نفسها على قرابتها ، فاذاكانت قد نكحت رجع إليه (فرع) (ط) وحيث لا قرابة لها من جهة الأب ، يعتبر بقرابتها من جهة الأم ، فإن عدما فبنساء البلد . قلت : بلد نشوئها (ى) فإن لم يكن فى الأقرب من يشبهها اعتبر مثلها من الأبعد والقريب فى البلد أولى من الخارج عنها ، وحيث يتسمحون للأقارب ويغالون فى الأجانب ، يعمل بمقتضى ذلك ، وكذلك فى التأجيل والتعجيل والنقـود والعروض (فرع) فإن اختلفت مهور المماثل لها فبالأوسط ، وحيث لا أوسط فبالأدنى ، وتعتبر بمن تزوج قبلها ثم بعدها ، إلا أن

(قوله)« كمل من الرجال كثير » الخ . عن على عليه السلام أن رسول الله ﷺ قال« كمل من الرجال كثير ، ولم يكمل من النساء إلا مريم بنت عمران ، وآسية ، امرأة فرعون ، وخديجة بنت خويلد ، وفاطمة بنت محمد ، وفضل عائشة على النساء كفضل الثريد على سائر الطعام» ذكره رزين وعن أنس قال : قال رسول الله ﷺ « حسبك من نساء العالمين مريم بنت عمران ، وخديجة بنت خويلد ، وفاطمة بنت محمد وآسية امرأة فرعون» أخرجه الترمذى .

يريدوا الحيلة «مسألة» (هـ) وللأمة المفوضة الموطوءة بالشبهة عشر قيمتها ، كمهر بناته ، ﷺ و يختلف باختلاف الأجناس : الرومي والتركي والسندي والحبشي ؛ و باختلاف الصفات التي مرت . فإن قصر عن عشرة دراهم كملت (م) يفرض الحاكم ماراه (أبو مسلم) نصف مهر الحرة كالحد (فرع) وولد العربيين عربي ، والعجميين عجمي ، ومن العربي والعجمية هجين ، ومن العكس مقرف ومذرع ، ـ بذال معجمة ساكنة وراء مفتوحة ـ أخذاً من الرقمتين في ذراع البغل ، إذ يصلان إليه من جهة الحمار.

فصل في تشطير المهر [1]

« مسألة » من طلق المسمى لها تسمية صحيحة قبل الدخول فلها نصف المسمى إجماعاً للآية « فرع » (ه ش فر) و إنما يستقر ملكها إياه بالطلاق لظاهر الآية (ح المروزي) بل بالطلاق مع اختيار التملك : إذ لا ملك قهريا إلا بالارث . قلنا : كملك الصائد ماوقع في شبكته ، و إن لم يختر تملكه والعقد كنصب الشبكة « فرع » (ه قش) ولا تحتاج في ملكه إلى حكم إذ قد ملكته بنص القرآن والاجماع (قش) بل تحتاج لوقوع الشجار في تحقيق التنصيف . قلنا : لاشجار في الملك حينئذ بل في التمييز ، و إن كان قد تلف في يدها رجع عليها بمثل نصف المثلي ، ونصف قيمة القيمي ، والعبرة بقيمته يوم العقد ، لقوله تعالى فنصف ما فرضتم وقيل يوم القبض إذ هو يوم الخصام ، فإن كان باقيا لكن قد نقص بعمى أو هزال أو نحوهما ، فعلى القولين في اعتبار يوم العقد و يوم القبض « فرع » (هب) وفوائد المهر مهر فيستحق نصفها بالطلاق قبل الدخول (ن ش ى هب) بل للزوجة ، إذ هو نماء ملكها . فلو طلقها وقد زاد رجع بنصف الأصل فقط والزيادة لها ، إذ ملكت كله بالعقد ، فهي نماء ملكها ، كالمشترى يفسخ المعيب بعد استثماره (ى هب ش) فإن لم يتميز كالسمن و تعلم الصنعة خيرت بين تسليم نصف قيمته يوم العقد ، أو نصف عينه (مد) بل تسلم نصف العين لظاهر الآية قلنا : زيادة نمت عن ملكها فلا يجب تسليمها كالمنفصلة . فإن زاد من جهة ونقص من أخرى كتعليمه

(قوله) « كمهر بناته ﷺ » تقدم عن عائشة أنه اثنتا عشر أوقية و نش وذلك خمسمائة درهم وهي عشر دية المرأة .

---

(١) هذا الفصل لاتخريج له

صنعة وحدوث مرض ، تعينت قيمة النصف يوم العقد ، إن لم يتراضيا بنصف العين . وهكذا الحكم لو كانت الزيادة والنقص وهو في يد الزوج ثم طلقها قبل الدخول ، فلها فسخها بالعيب كما مر (عح) هنا كقول (محمد) ولا وجه له « مسألة » و يصح الفرض بعد مجلس العقد إجماعاً ، لعموم (وقد فرضتم) (هـ ن ط م جم ك ش عف) فإن طلقها بعد الفرض قبل الدخول تنصف كلو سمى ابتداء (ع ح محمد) بل المتعة لتجرد العقد عنها قلنا : التسمية اللاحقة كالسابقة إذ لم تفصل الآية «مسألة» (يه حص) فان سمى ألفا ثم زاد في المجلس أو غيره خمسمائة استحقت بالطلاق قبل الدخول، نصفها لقوله تعالى (ولاجناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) والزيادة كالمسمى ابتداء (زش قر) بل نصف الأصل والزيادة لها ، إذ هي كالهبة المستقلة قلنا: لانسلم كما مر (ع) بل تسقط الزيادة عن الزوج إذ لا تلحق بالعقد .قلنا : تلحق بالعقــد لما مر (ى) ولو مات قبل الدخول استحقتها كالمسمى (فرع) (ط م ش ك) فان لم يسم ثم سمى شيئا ، ثم زاد عليه ، ثم طلق قبل الدخول فلا شيء لها في الزيادة لضعفها حينئذ (ع) بل لأنها لا تلحق (ى) فصارت هنا ساقطة اتفاقا « مسألة » (ى) فإن طلقها قبل الدخول وصداقها أمة حملت بعد العقد في يده من غيره ،خيرت بين أخــذ الكل وتدفع قيمة نصفها قبل الحمل إذ هو لها أو تفسخها لنقصها بالحمل خشية الموت،أو تأخذ أكثر القيم من يوم العقد إلى القبض،إذ هي ملكها،ورجوع الزوج بالنصف طارىء،أو تأخذ نصفهما. فإن حملت في يدها ثم طلقت قبل الدخول فالحكم مامر فيما زاد من وجه ونقص من وجه « مســألة » (ى) فان أصــدقها أمة حاملة ثم ولدت في يده ثم طلقت قبل الدخول ولم تنقص بالولادة استحق نصفهما و إن نقصت وقد طالبته فتمرد فعليه الارش كالغاصب،و إلا سقط وخيرت بين الرضا والفسخ وتأخذ القيمة. فأما الولد فللزوج نصفه ، لكن قد زاد فلها أخذه لئلا يبطل حقها من الزيادة ،وتدفع قيمة نصفه يوم الوضع .و إذا أخذته لم يكن للزوج الرجوع بنصف الأم حينئذ، لئلا يفرق بينها وبين ولدها في الملك ، إذ للبعض حكم الكل في ذلك فيتعين قيمة نصفها وان استولدها هو ثم طلق قبل الدخول فقد مر حكم الأمة والولد ،لكن يعود له أنصافهما،فيعتق الولد ويسعى بنصف قيمته لها ،فيعتق الولد لتقدم ادعائه إياه ويسعى إذ عتق بغير اختيارها ،ولم يثبت نسبه ،إذ لم يكن عن ملك ولاشبهة ،والدعوة غير صحيحة كدعوة ولد المغصوبة (ى بعصش) بل يثبت نسبه وإن لم يثبت قبل الطلاق ،بدليل عتقه عليه ،إذ لولم يثبت لم يعتق قلنا : عتق بتقدم إقراره كلو قال لرقه :هو ابني . بخلاف النسب ،إذلاملك ولا شبهة « مسألة »وإذا قبضت المهر ثم

وهبته للزوج ثم طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصف عوضه،إذ قد استهلكته بالهبة (ك فو)
لا إذ هى محسنة وما على المحسنين من سبيل لنا مامر (ح قن) إن كان ورقا رجع و إلا فلا . قلنا :
لاوجه للفرق (ط) فإن كان دينا فلا رجوع له عليها. قلت : الأقرب رجوعه إذ الابراء كالقبض
والمعين غير المقبوض كالدين عنـد (ط) وقيل كالمقبوض . قلت : وهو الأقرب (فرع) ولهـا
الرجوع فى الهبة مالم تـكن لله تعالى . فان وهبته للزوج لتدوم صحبته رجعت إن طلقها ، لفوات
الغرض ، على خلاف سيأتى فى الهبة (ح) الزوج كالمحرم فلا رجوع فى هبتـه كالأم (ن م ى)
لارجوع فيما وهبت لغرض فلم يحصل. لنا: ماسيأتى إن شاء الله تعالى . و إذا استرجعته لم يكن له رد
القيمة وطلب نصفه بعينه، إذ رجع إليها بعقد مستأنف، فهو كما لو اشترته. فإن باعته ثم فسخ بعيب
بحكم، كان له ذلك، إذ هو فسخ للعقد من أصله (فرع) فإن كان قد أعتقته رجع بنصف قيمته أيضا
لما مر ، وكذا لو دبرته عندنا و (قش) إذ التدبير عتق بصفة (قش) بل وصية إذ لا يعتق إلا بعد
الموت ، فليس باستهلاك . لنا ماسيأتى (فرع) فإن كانت أمة فزوجتها خير الزوج بين الرجوع
بنصفها لبقاء عينها، أو نصف قيمتها لتعيبها بالتزويج إذ لا يؤمن أن تحمل فتنتقص بالولادة (ى) فان
كان عبداً فزوجته فله نصفه فقط، إذ تزويجه ليس بعيب . قلت: فيه نظر. فان كان داراً فأجرتها لم
تنتقض الاجارة ولايلزم الزوج نصفها ، إذ يؤدى إلى تأخير حقه وهونا جز (ى) فان رضى بالتأخير لم
يلزم الزوجة، إذ لاتأمن تلف الدار، وهى فى ضمانها، فتعطى الزوج نصف قيمتها وفاء بالغرضين (فرع)
فإن كان مهرها تعليم شىء فعلمها ثم طلق قبل الدخول رجع بنصف أجرة التعليم فان لم يكن قد علم
لزمه تعليم نصف المشروط ، فان تعذر التعليم مع الحجاب فأجرة نصفه (فرع) فان كان خمرا وهما
ذميان رجع بنصفه ، فان أسلما ثم ترافعا فالحكم مامر (فرع) (التخريجات) فان تزوجها على أن
يسقط عنها قصاصا له عليها ثم طلقها قبل الدخول ، رجع عليها بنصف الدية .

فصل

فى المتعة : هى فى اللغة المنفعة . قال الله سبحانه وتعالى (فما استمتعتم به منهن) وهى مشروعة
إجماعا (ه قين) وواجبة للتى لم يسم لها . لقوله تعالى (ومتعوهن) — الآية . والأمر للوجوب (ك
ل لى) بل مستحبة لقوله تعالى (حقا على المحسنين) مع قوله تعالى (ما على المحسنين من سبيل)
والواجب عام للمحسن وغيره . قلنا : خصصتهم لامتثالهم . كقوله تعـالى (تذكرة لمن يخشى)

«مسألة» (ه حص) ولا متعة فى الفسوخ كلها، إذ شرط فى الآية الطلاق كما مر (الغزالى) تجب فى فسخ اللعان لتعلقه بالزوج كالطلاق (ى) وكذا فسخ المجبوب، وغلطه (صش) وأوجبوها فى حق من أسلم أو ارتد إذ كانت الفرقة من جهته كالطلاق. فأما إسلام الزوجة وردتها فلا متعة فيهما اتفاقا. (البغداديون) وتجب فى الخلع كالطلاق (المسعودى) لا، إذ هو فسخ. وفسخ عيب الزوجة لا متعة فيه اتفاقاً. فان ملكها فلا متعة عندنا و (ش) قولا واحداً. وقيل: تجب قولا واحداً. وقيل: قولان (هب) فان انفسخ بإسلامه عن أكثر من أربع فلا متعة (صش) تجب لمن لم يختر بقاءها لنا لا دليل على وجوبها فى الفسوخ « مسألة » ولو فرض أجنبى مهر المفوضة ودفعه تبرعا، ثم طلقت قبل الدخول فوجهان (ابن سريج) يبطل الفرض، إذ لا ولاية، ولا وكالة، فترد، وتجب المتعة (بعصش) بل يصح كالتبرع بالمسمى، فلا متعة (ى) وهذا أقرب. وفيمن يرجع إليه النصف وجهان: إلى الزوج إذ الأجنبى كأنه ملكه إياه. وقيل: بل إلى الأجنبى، إذ لم يدفعه إلا قضاء عما وجب، وقد انكشف عدم وجوب النصف «مسألة» (ق) ولا تقدير للمتعة. لقوله تعالى (على الموسع قدره) الآية ـ (ح) أدناها درع وملحفة وخمار من الرديئة لا الجيدة، على قدر اليسار إذ العرف يقتضيه فيحمل مطلق الآية عليه. إلا حيث نصف مهر المثل أقل، وجب النصف ما لم ينقص عن خمسة دراهم (ش) أقلها مايقع عليه اسم المال، ولو كفاً من شعير (لش) و يستحب أن تكون ثلاثين درهما (لش) بل ثياب بثلاثين (لش) بل خادم، فان لم يكن فمقنعة. فان لم تكن فثلاثون درهما (ع) أكثر المتعة خادم، وأقلها ثياب، يعنى كسوة. وعنه: أقلها مقنعة (عم) أقلها ثلاثون درهما (مد) يقدر لها ما يجزىء الصلاة. قلنا: جملتها الآية موضع اجتهاد فلا نخالفها (فرع) (هب)

فصل فى المتعة

(قوله) عن ابن عمر أنه كان يقول: « لكل مطلقة متعة إلا التى تطلق وقد فرض لها فرض ولم تمس فحسبها نصف مافرض لها » أخرجه الموطأ.

(قوله) « أكثر المتعة خادم وأقله ثياب » يعنى كسوة. وعنه « أقلها مقنعة » هكذا حكاه فى الانتصار. وفى التلخيص عن ابن عباس أنه قال: «المتعة على قدر يسره وعسره، فان كان موسرا أمتعها الخادم أو نحوه، وان كان معسراً، فثلاثة أثواب أو نحو ذلك » ونسبه إلى البيهقى.

وتجب فى النكاح الفاسد (ش) بل نصف مهر المثل . قلنا : لا وجه للفرق (فرع) والعبرة فى العسر واليسر بحال الزوج ، للآية . وقيل : بالزوجة ، إذ هي عوض المهر ، وهو معتبر بحالها

باب اختلاف الزوجين

«مسألة» (ه ش فو) إذا ادعى رجل زوجية امرأة بين ، لقوله ﷺ « البينة على المدعى » و إلا حلفت لقوله ﷺ « واليمين على المنكر » (ح) لا يمين على المنكر فى الطلاق والفيء والايلاء والرجعة والنكاح والعتق والولاء والنسب والاستيلاد إذ لا يحكم فيها بالنكول . لنا : عموم الخبر ، إلا ماخصه الدليل ، ولا دليل إلا فى الحد والنسب كما سيأتى « مسألة » و إذا ادعتها المرأة وأنكرها وأضافت إلى الدعوى استحقاق المهر ، سمعت إجماعا (هب حص قش) وكذا لو لم تضف (قش) لا إلا أن تضيف . قلنا : لا وجه للمنع كسائر الدعاوى . والقول للزوج فى إنكار الوطء والخلوة، إذ الأصل عدمهما «مسألة» (م) والقول له فى إنكاح وفسخ الصغيرة حين بلغت، إذ الأصل عدمه. وحيث أشهدا فسقه لا يعترضهما الحاكم حتى يترافعا ، إذ لم يخرقا الإجماع . فان غاب الزوج و بينت باقراره أنه لم يعقد سوى ذلك فللحاكم فسخه (ى) وهذا تحوط ، إذ الظاهر أنه لم يعقد سواه ، فله الحكم و إن لم ينف غيره « مسألة » (ه) ومن ادعى زوجية امرأة تحت غيره فالخصومة بينه و بينها لملكها نفسها ، بدليل ملكها المهر لو وطئها غير الزوج بشبهة . فالزوج أجنبي عن الدعوى . إذ لو أقر لم يلزمها حق ، ولا يصح إقرارها . إذ يبطل حقه « مسألة » (ه قم فر) ولو قال : زوجنى أبوك فى الصغر ، وقالت فى الكبر ولم أرض فالقول له ، إذ الأصل الصغر ، وثبوت النكاح (م ى ح) بل لها إذ الأصل عدم النكاح وهذه قاعدة فى كل أصلين تعارضا أقرب وأبعد (م) يرجح الأبعد (ه) الأقرب . وكذا لو ادعت الرضا وصحة النكاح وأنكرهما الزوج ، ففيه هذا الخلاف . فان قالت وقع فى الصغر فأفسخ ، وقال فى الكبر : ورضيت بين اتفاقا ، إذ الأصل عدم البلوغ والرضا ، ولا

باب اختلاف الزوجين

(قوله) « البينة على المدعى واليمين على المنكر » وقوله «إذا اختلفا البيعان» الخ . سيأتيان إن شاء الله تعالى .

أصل يعارض . فان اختلفا هل سكتت حين بلغها النكاح أم ردت ؟ فعند (هـ) الأصل عدم الرد، وعند (م) الأصل عدم النكاح ، وكذا ما أشبهه . فلو قال لعبده : إن لم تدخل الدار اليوم فأنت حر . فمضى اليوم ، واختلفا . هل دخل أم لا ؟ (هـ) الأصل عدم الدخول فيعتق (م حص) بل عدم العتق « مسألة » (هب ش) والقول للزوج فى إنكار الرضاع (الحداد) بل لها إذ لا يعلم إلا من جهتها فى الغالب . قلت : الظاهر صحة النكاح بعد انعقاده ، فلا يبطل بالشك (ى) ويؤدى إلى فتح باب فساد النكاح ، لقلة دين النساء . قال : فإن أتت بقرينة تقتضى ظن صدقها فالأحوط العمل به « مسألة » ولو ادعى الولى الجنون حال العقد ، عمل بالأصل من عقل أو غيره فان قال وأنا محرم بين ، إذ الأصل صحة النكاح « مسألة » وإذا تداعى رجلان امرأة فبينا حكم للمتقدم ثم المؤرخ ثم يتهاتران ، إذ لا يمكن العمل بهما ، ولا ترجيح لأيهما . فان أقرت لأيهما فله (الحداد) فإن ادعى زيد زوجية امرأة وادعت هى أنها لعمرو فبينا عمل ببينة زيد لاستنادها إلى صيغة صحيحة بخلاف دعوى المرأة واستضعفه (بعصش) (ى) الحق تهاتر البينتين لتعذر العمل بهما ، ولا ترجيح لأيهما . قلت : الأقرب قول الحداد إذ دعواها لغير مدع .

فصل فى الاختلاف فى المهر

« مسألة » القول لمنكر تسميته وتعيينه وقبضه ، إذ الأصل عدم ذلك (ى) يتحالفان فى التسمية ، وفيه نظر . « مسألة » ، ولمنكر زيادته على مهر المثل ، ونقصانه ، إذ الظاهر معه . (فرع) (ط ح ش محمد) ، فإن اختلفا فى قدر مهر المثل ، ولا بينة أو تهاترتا تحالفا (الأزرق بعصح) لا ، إذ التحالف يسقط حكم التسمية . قلت : الأولى الحكم بالأقل ، إذ الأصل براءة الذمة (فرع) (ط ش ث) ، فإن ادعت أكثر وهو أقل ولا بينة ، تحالفا ووجب مهر المثل ، إذ هو قيمة البضع . (خعى لى ابن شبرمة ف) بل القول للزوج ما لم يدع مهراً ، إلا بمهر مثله فى العادة (ح محمد) القول لها بعد الطلاق ما لم يتعد مهر المثل ، وإن كان قبله فالقول له . لنا قوله ﷺ « البينة على المدعى » ولم يفصل (ك) إن اختلفا قبل الدخول تحالفا وانفسخ النكاح لقوله ﷺ « إذا اختلف البيعان والسلعة قائمة ، تحالفا وترادا البيع » فإن كان بعد الدخول فالقول للزوج ، قلنا : بناء على أن المهر شرط كالثمن وقد أبطلناه ، « مسألة » (م فو) ، فإن

تداعى ورثة الزوج والزوجة فكتداعيهما . (ه ح) ، بل القول لورثة الزوج فى القدر ، وقد يؤول بأن المراد حيث تقادم العهد ، فالتبس مهر المثل فى زيادة أو نقصان . والأصل براءة الذمة . « مسألة » ، والقول لمدعى الأقرب إلى مهر المثل فى زيادة أو نقصان ، إذ الظاهر معه (ى) يتحالفان لمخالفتهما الظاهر . قلت : بل الظاهر مع من يدعى الأقرب . (فرع) (ط) . والقول للمطلق قبل الدخول فى قدر المهر ، كالمشترى فى الثمن قبل القبض . « مسألة » (جط اش الاسفرايينى) ، فإن تحالفا بدأ الحاكم بأيهما شاء كالبيعين (ح لش) ، يبدأ بالزوج كالمشترى ، اذ المبيع فى ملكه فجنبته أقوى (مد اش) ، بل بالزوجة كالبائع إذ جنبته أقوى لرجوع المبيع إليه بعد التحالف ، « مسألة » ، وعلى كل واحد يمين واحدة تجمع بين نفى و إثبات . فيحلف أنها لا تستحق فى ذمته ألفين ، و إنما تستحق ألفا ، والزوجة بالعكس . وما تحالفا فيه بطل من الجانبين من قدر أو جنس أو عين أو تعجيل أو تأجيل ، « مسألة » (ه سعه الشعبى لى ابن شبرمة) ثم (قين) والقول لها فى عدم قبضه إذ هو الأصل (ك عى وأهل الكوفة) القول لها قبل الدخول اذ حقها غير مستقر ، فهو قرينة عدم القبض . وللزوج بعده . قلنا : الأصل عدمه فى الحالين . « مسألة » ، وإذا اختلفا فى كون ماقبضته عن المهر أم هبة عمل بالهبة مع التصادق على لفظها ، و إذا أصدقها تعليم سورة فأنكرت ، فالقول لها حيث لاتحفظها هى ، ومع الحفظ وجهان : القول لها ، إذ الأصل عدم تعليمه ، وقيل : له ، إذ الظاهر أنه المعلم ، والاول أصح . « مسألة » و إذا اختلفا فى عبد معين من ذوى رحم لها ، عمل بمقتضى البينة ، فإن عدمت أو تهاترتا . قلت : فلها الأقل من قيمة ما ادعت ، ومهر المثل ، و يعتق من أقر به الزوج مطلقا ، وولاء من أنكرته لبيت المال . والوجه ظاهر . « مسألة » فإن ادعت مهرين فى عقدين متفاوتين ، فبينت ، لزما ، لجواز تخلل بينونتها . فإن أنكر التخلل وادعى كون الثانى تأكيداً بين ، إذ الظاهر خلافه كالبيعين ، «مسألة» (هب أ كثر صش) ، و إذا اختلف ولى الصغيرة أو المجنونة والزوج فى قدر المهر ، ووجب التحالف ، وقفت يمين الزوجة حتى تفيق أو تبلغ ، إذ لا نيابة فى الأيمان (ابن سريج المروزى) ، بل يحلف الولى ، إذ هو العاقد كوكيل البائع ، و إنما تمتنع النيابة فى اليمين حيث لا تعلق لها بالعاقد . «مسألة» (ط) والبينة على مدعى الاعسار ، لإسقاط حق عنه من ثمن أو غيره ، إذ ظاهر المعاوض اليسر (ى) و إلا انفتح باب فساد فى المعاملة ، لفساد أهل

الزمان . فإن كان أحد العوضين غير مال ، كالخلع والنفقة والمهر والصلح عن دم العمد (ه ط م عح) يبين أيضا ، إذ يريد إسقاط حق عنه (ع ق ، عح) ، بل القول هنا له ، إذ الأصل العسر ، واليسر طارىء والمعاوضة غير مالية . قلت : دخوله فى عقد المعاوضة قرينة إيساره .

باب أنكحة المماليك

« مسألة » العبد هو المملوك . وإن لم يملك أبوه ، والقن من ملك هو وأبوه والذكر عبد والأنثى أمة . قال الشاعر :

أبنى لبينى إن أمكم أمة وإن أباكم عبـــد

« مسألة » ولا يصح نكاح عبد إلا بأذن سيده ، لقوله ﷺ « أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر » (ى) أراد به أنه كالعاهر ، وليس بزان حقيقة ، لاستناده إلى عقد . قلت : بل زان إن علم التحريم فيحد ولا مهر . (فرع) (ه حص) فان عقد كان موقوفاً ينفذ بالأجازة (ن ش) لا ، لقوله ﷺ « فنكاحه باطل » الخبر . قلنا : يعنى غير نافذ جمعا بينه وبين خبر حكيم بن حزام فى الموقوف (ك) ، بل عقد نافذ وللسيد فسخه . قلنا : لا وجه لنفوذه مع قوله ﷺ « باطل » (فرع) (ه ش) ولا يحتاج فى بطلانه إلى فسخ (ك) ، بل يحتاج ، إذ قد انعقد . لنا ما مر (فرع) فإن دخل بها قبل الإذن وقد أوهمه فمهرها يتعلق برقبته (ش) بل بذمته كلو استدان . لنا ما سيأتى (فرع) ولا ينفذ بالاجازة إلا مع استمرار ملكه بعد العقد حتى أجاز إذ بطلان الملك

باب أنكحة المماليك

(قوله) « أيما عبد » الخ . لفظه عن جابر أن رسول الله ﷺ قال : « أيما عبد نكح بغير إذن مواليه فهو عاهر » أخرجه أبو داود والترمذى .

(قوله) « فنكاحه باطل » الخبر . عن ابن عمر قال : قال رسول الله ﷺ « إذا نكح العبد بغير إذن مواليه فنكاحه باطل » أخرجه أبو داود ، وقال : هذا الحديث ضعيف ، وهو موقوف . وهو قول ابن عمر . قلت : وقد تقدم هذان الخبران .

(قوله) « جمعا بينه وبين خبر حكيم بن حزام » الخ . يعنى حديث شرائه الاضحية للنبى ﷺ وسيأتى . قلت : . وقد تقدم فى النكاح الموقوف مايصلح دليلا ها هنا .

يبطل الأجازة (فرع) (هب) وسكوت السيد حين بلغه إجازة ، إذ سكوته عن عقد غيره فيما له فيه حق إجازة كسكوت الشفيع (م) لا ، كبيع الفضولى ، وكذا لو قال السيد لعبده ، طلق ، كان إجازة وان جهل لخبر على عليه السلام وسيأتى . وأما سكوته وقد عقدت أمته لنفسها فليس بأجازة اتفاقا إذ عقدت لغيرها فيما لغيرها فيه حق كالفضولى ، « مسألة » (هـ م فو قش) والاذن المطلق يتناول الصحيح فقط ، لا الفاسد ، إذ هو الظاهر من الاطلاق فى العرف (ح قش) بل يدخل الفاسد إذ هو كالصحيح فى أكثر الأحكام . قلنا : ولم يدخل فى العرف فى الإطلاق خبراً أو استخباراً أو أمراً أو نهياً (فرع) و يتناول واحدة فقط ، فلو عقد باثنتين لم يصح بأيهما . فان أجاز إحداهما نفذ نكاحها إذ لا يتبعض العقد « مسألة » (أبو الدرداء ثم هدعه د ثم به ثور سالم القاسم بن محمد) و يملك من العدد أربعاً كالحر بشرط الإذن ، اذ لم يفصل قوله تعالى (والصالحين من عبادكم) (على ثم ز ن قين) لا يزيد على اثنتين لقول على عليه السلام و(٢) بذلك وهو توقيف . لنا عموم قوله تعالى (مثنى وثلاث ورباع) وكالحر لاستوائهما فى شروط النكاح (ى) يحمل قول على عليه السلام وعمر على أن السيد قصره . قلت : أو على كراهة الزيادة على اثنتين ، لصعوبة العدل عليه ، إذ هو مملوك المنافع « مسألة » و يصح أن أن يزوج عبده أمته اجماعاً لعموم الأدلة (ى ش) و يستحب ذكر المهر لقوله ﷺ « من أعطى درهما فقد استحل » (قش) يخير (ح) يجب ذكره اذ لا يخلو من حد أو مهر (ى) لا نص لأصحابنا والأقرب أنه يجب بالدخول ويسقط ، إذ لا يثبت للسيد على عبده دين (ش) لا فائدة فى إيجابه (قلت) : أوجبه استهلاك المنافع التى لا تستباح بالإباحة لكن سقط لما مر كحر وطىء أمة بشبهة فحملت فالولد حر وعليه قيمته فوجب رقه ثم اندفع بالغرر « مسألة » فإن زوج عبده أمة غيره وجعله مهرها

(قوله) « لخبر على عليه السلام » تقدم .

(قوله) « لقول على وعمر بذلك » روى عن على وعمر أنهما قالا : « لا ينكح العبد الا اثنتين » حكاه فى الشفاء . وفى التلخيص مالفظه : « حديث الحكم بن عتيبة أجمع الصحابة على أن لا ينكح العبد أكثر من اثنتين » ابن أبى شيبة والبيهقى من طريقه . وروى الشافعى عن عمر قال « ينكح العبد امرأتين » ورواه عن على عليه السلام ، وعبد الرحمن بن عوف . قال الشافعى : ولا يعرف لهم عن الصحابة مخالف . وأخرجه ابن أبى شيبة عن عطاء والشعبى والحسن وغيرهم .

(قوله) « من أعطى درهما فقد استحل » تقدم .

صح ، إذ يملكه سيدها بخلاف الحرة فيبطل النكاح ولا تملكه ، وإذ لا تملك البضع والمهر معاً ، فلو اشترته بعد ذلك صح ، فان أعتقته بعد الشراء صح أن يتزوجها « مسألة » وضمان السيد على عبده بالمهر حيث أذن له ، تأكيد لا التزام ، فان أعتق ثم طلقها قبل الدخول وقد سلمه ردت النصف إلى سيده إذ كان ملكا له (الاسفرايني) بل إلى العبد سواء كان من كسبه أم من مال سيده قلنا : لا وجه له « مسألة » (هب) وليس للعبد الوطء بالملك إذ لا يملك ، فلو أمره السيد بالوطء لم يكف (الامامية) بل يستباح بالإباحة . وحكى الوليدى عن (ن) الأمر بالوطء كالعقد وغلط فى الحكاية إذ أصول (ن) تقتضى أنه لا بد من عقد أو ملك لقوله تعالى (إلا على أزواجهم أو ماملكت أيمانهم) والاباحة لاتكفى ، كلو أذن لأمته بالزنا (ى) فإن وطىء عالماً بالتحريم حد « مسألة » (يه ن كحص قش) و يصح إجبار العبد والمدبر على النكاح ، إذ لم يفصل قوله تعالى (والصالحين من عبادكم) بين رضاهم وعدمه (م ش) لا كالوطء والقسم ، و إذ لافائدة له فى إجبار العبد ، بخلاف الأمة فيستفيد المهر والنفقة وولاء ولده . قلنا : الوطء حق له والقسم لايجب كامر ، والفائدة إعفافه وولاء ولده فى حال ، وسكون قلبه . قالوا السيد لا يملك منفعة وطئه فلا يملكه غيره . قلنا : كمن يزوج ابنه الصغير (فرع) (٥ قين) ولا يجبر المكاتب كالحر (ك) يجبر . قلنا : ملك تصرف نفسه فأشبه الحر (فرع) و إجباره العبد بأن يعقد له فيصح اتفاقا ، بين من صحح الاجبار ، قيل وكذا على العقد، وقيل لايصح . قلنا : كعقده له (ى) والصغير كالكبير فى الخلاف (صش) بل يجبر قولا واحداً « مسألة » وولد العبد من الحرة حر إجماعاً ، وولد الأمة لمالكها إجماعا، إذ هم كالبعض منها قبل الانفصال و بعده . فان شرط سيده ملك أولاده أو بعضهم لم يلزم ، لقوله ﷺ « كل شرط ليس فى كتاب الله» الخبر قلنا : و إذ هو تمليك معدوم فلايصح . و يستحب الوفاء اذ لا إثم. فان زاد فى المهر لأجل الشرط سقطت الزيادة لتعذر الشرط « مسألة » ونفقة أولاد الحرة عليها لا على سيد العبد (فرع) وللعبد اذا سافر به سيده أن يسافر بزوجته الحرة، وليس لها الامتناع إذ الحق له (ش) ان كانت نفقتهـا من كسب العبد فليس للسيد أن يسافر به . قلنا : بل له ذلك ونفقتها فى ذمته « مسألة » (هب) والمهر مع الاذن

(قوله) « كل شرط ليس فى كتاب الله » الخبر . تقدم

على سيده (ح) بل فى رقبته (ش) بل فى كسبه ، فان لم يكن فقولان : فى ذمته ، وكقولنا. لنا لما اعتبر إذن السيد كان كالعبد(هب) كالوكيل له ، وخالف دين المعاملة فان الحقوق هنا تعلق بالموكل بخلاف البيع (فرع)وأما الفاسد والنافذ بعتقه ففى ذمته ، إن لم يؤذن بهما ، ولا تدليس فهو كمعاملة المحجور. «مسألة» (هب ش) ونفقتها على سيده كالمهر (ح) بل على العبد فان استغرقت النفقة قيمته بيع لها . قلنا : ليست جناية فتعلق برقبته (فرع) فان بيع العبد أنفقها المشترى ، إذ شراؤه مع العلم بتزويجه ضمان بنفقتها كنفقته ، فان لم يعلم فعيب « مسألة » و إذا اشترت الحرة زوجها انفسخ النكاح لما مر ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، إذ الفسخ من جهتها ، و يصح أن تشتريه بمهرها ، عينا كان أودينا ، ثم إن كان قبل الدخول غرمت قيمة المهر «مسألة » و إذا تثلث الطلاق على الأمة لم يحللها وطء السيد ، لقوله تعالى (حتى تنكح زوجاً غيره) « مسألة » (هب حص) و إذا عقد بغير إذن سيده ثم عتق ، نفذ النكاح بعتقه ، ولا خيار له ، إذ قد رضى (فر) بل يبطل إذ كان باطلا قبل الإذن فلا يصححه العتق (ى) وهو الأصح (لهب) (قلت) : بل الأول كانتقال الأجازة إلى الصغير عند بلوغه إذا عقد له الفضولى فى صغره ثم بلغ .

فصل فى نكاح الاماء

«مسألة» وأولاد الأمة لمالكها إجماعاً إذ هم كالبعض منها قبل الانفصال ، وكذا بعده «مسألة» (ه ش الأمامية) و يصح شرط الزوج أوسيدها حرية أولادها فيعتقون، لصحة العتق المعلق، ولقوة نفوذه بخلاف التمليك (ح) لا، إذ هو عتق قبل الملك. قلنا: ملك سببه وهو الأم فيصح، كلو حملت فأعتق الحمل قبل وضعه ،والحمل كالمعدوم بدليل عدم صحة بيعه. قلت: ويبطل هذا الشرط بخروجها من ملك سيدها قبل العلوق ، كلو باع العبد المعلق عتقه قبل حصول شرط العتق «مسألة» ونفقتها على الزوج لقوله تعالى (الرجال قوامون على النساء) أى فى مؤنهن . وهى على من يلزمه المهر، لاتحاد موجبهما ، لكنه يجب بالوطء وهى بالتمكين (حط قين) ولا تجب إلا حيث سلمها السيد تسليما مستداماً أى ليلا ونهاراً ، إذ موجبها التمكين . فان سلمت وقتاً دون وقت سقطت نفقة اليوم الذى سلمت فى بعضه (ى ابن أبى هريرة) بل يجب منها حصة ماسلمت ، فيجب النصف بتسليم الليل دون النهار ونحو ذلك ، كالحرة . قلنا: الحرة تخالف بماسيأتى «مسألة» (ط صش) والسيد فيها كل تصرف

إلا الوطء ومنع الزوج ، فلا يلزمها المبيت معه ، إذ المعتاد الاستخدام نهاراً لا ليلا ، ولا بد من وقت للوطء ممتد فيكون فيه وفاء بالحقين . قلت : لكن لا نفقة لها عندنا لعدم استدامة التسليم ليلا ونهاراً لما مر . وللسيد السفر بها لتعلق حقه برقبتها ، وحق الزوج الوطء فقط ، ولا يلزم فى المرهونة إذ حق المرتهن يتعلق بالرقبة . بخلاف الزوج فحقه الوطء وهو يمكن استيفاؤه فى السفر (فرع) ويصح شرط نفقة أولادها على الزوج فيلزم إذ يكون زيادة فى المهر (فرع) ويصح شرطها مع عدم التسليم المستدام ، وشرط إسقاطها مع حصوله ، بخلاف الحرة . والوجه أن التسليم المستدام لا يلزم السيد لتعلق حقه بها ، فكأن وجوبها واقف على اختيار السيد ، وما وقف على الاختيار دخل الشرط فيه ، إذ هو ضرب من الاختيار « مسألة » ومتى اشتراها الزوج أو بعضها انفسخ النكاح إجماعاً لتنافى أحكام الزوجية والملك ، إذ يكون طالبا مطلوباً ، حاكماً محكوماً عليه . وله وطؤها بالملك حينئذ . (فرع) (ى ه قين) فان اشتراها قبل الدخول سقط المهر ، إذ الفسخ كأنه من جهتها لما كان بإيجاب سيدها (ث ل) بل يلزم نصفه إذ الفسخ من جهته بقبول البيع . قلت : بل من جهتهما معاً فلا شىء لها كما مر (فرع) وإذا أراد تزويجها استبرأها بعدة كاملة ، إذ خرجت من نكاح كالمطلقة ، وله وطؤها من غير استبراء إجماعاً ، ولو فى عدة طلاقه ، إذ لا يستبرىء من مائه إلا التثليث فبعد التحليل تزوج كما سيأتى (فرع) (هع ح) وإذا اشتراها صارت أم ولد بما قد ولدت له فى النكاح ، إذ هى مملوكة ولدت عن وطء منه مباح (قه ش) لا ، إذ لم تعلق بهم فى ملكه (م عه ى ك) ان اشتراها حاملا فولدت فى ملكه صارت أم ولد اعتبارا بالولادة . قلت : لا نسلم كون الولادة فى الملك شرط ، بل المعتبر اجتماع ملكها وحصول الولد منها تقدم الملك أم تأخر « مسألة » ويجوز الجمع بين الأختين فى الملك إجماعاً (الأكثر) لا فى الوطء لعموم (وأن تجمعوا بين الأختين) (٣ د) يجوز لعموم (أو ما ملكت أيمانكم) وعن (٣) التوقيف وقال حرمتهما آية وأحلتهما أخرى وكذا عن (على عليه السلام وعو) لنا : حجتنا أصرح إذ هى فى سياق المحرمات بخلاف تلك ، سلمنا فالحظر أولى سلمنا فالإجماع بعد هذا الخلاف قد انعقد على التحريم (فرع) فان وطىء إحداهما لم يكن له وطء اختها حتى يخرج الأولى عن ملكه إخراجاً لا رجوع فيه كبيع نافذ أو عتق ، أو هبة لا رجوع فيها ، فمتى فعل

(قوله) «أحلتهما آية» إلى آخر ما ذكره ، تقدم جميع ذلك .

حلت الأخرى إجماعاً (عم) ثم (سعيد) ثم (ه) ولا يكفى التزويج (قين) بل يكفى كالبيع . قلنا هى باقية على ملكه يجوز له وطؤها من دون تجديد ملك ، بخلاف المبيعة فافترقا . قلت : وتحريم وطء المزوجة من دون زوال الملك لا يكفى كتحريم الحائض فكأنه جمع بينهما (فرع) (ه ك ش) ومن وطىء أمته حرم عليه استنكاح أختها، إذ مقصود النكاح الوطء ،فكأنه جمع بينهما فى الوطء وله شراؤها لتجويز قصد الخدمة (حص) بل له العقد عليهما كالشراء إذ المحرم الجمع فى الوطء فقط . لنا ما مر (ى) فإن نكح أختها صح العقد وحرم الوطء كما مر (فرع) فأما لو شرى إحدى الأختين ولم يطأها ، فله استنكاح أختها ، إذ عقد الشراء لا يقتضى الوطء ، وكذا لو تزوج إحداهما ثم شرى الأخرى لا تحل له حتى يزيل إحداهما إزالة نافذة كما مر « مسألة » وليس للأب وطء أمة ابنه ،إذ لا ملك ولا نكاح .فإن فعل ولم تعلق فلا حد لقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» ،وقوله ﷺ «إن أولادكم من كسبكم فكلوا من أطيب كسبكم » فكان شبهة (فرع) فإن كان ولده قد وطئها فوجهان :يحد إذ لا شبهة فى تحريم موطوءة ابنه (ى) والأصح سقوط الحد لشبهة الملك ، بخلاف زوجة الابن.قلت : وفيه نظر.ومهما سقط الحد فعليه العقر فإن أكرهها فلا إشكال ، وإن طاوعت فوجهان : أصحهما لزومه لأجل سقوط الحد وقيل : لا ، لنهيه ﷺ عن مهر البغى . قلنا البضع غير المملوك لا يخلو من حد أو مهر (فرع) ولا قيمة هنا إذ لم يستهلك بالوطء مع عدم العلوق (ى) فأما تحريمها على الابن فليس باستهلاك إذ لا قيمة لذلك (فرع) (ط قش صح) فإن علقت فلا مهر لدخوله فى قيمتها كمن قطع يد رجل ثم قتله (الأزرق قش الوافى) بل يجب إذ لا يخلو البضع من حد أو مهر ،وكالمشتركة .قلنا:استهلكها بالوطء المفضى إلى العلوق والمشتركة سبب عتقها السراية لا الوطء فلم يتجدد السبب فافترقا (فرع) (ط الاسفراينى) وتصير أم ولد إذ علقت

(قوله) « أنت ومالك لأبيك » تكرر

(قوله) «إن أولادكم من أطيب كسبكم» الخ. لفظه عن عائشة عن النبى ﷺ أنه قال :إن « أطيب ما أكلتم من كسبكم ،وإن أولادكم من كسبكم »أخرجه الترمذى والنسائى، ولأبى داود نحوه.

(قوله) « لنهيه ﷺ عن مهر البغى » عن ابن مسعود قال «نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغى ، وحلوان الكاهن » أخرجه الستة ، وفى معناه أحاديث أخر.

منه مع شبهة ملك (القفال نى) لا ، إذ علقت فى غير ملكه كالزوجة . قلنا : بل ملكها بالعلوق (فرع) (ط قش) وعليه قيمتها إذ قد استهلكها ، فان أعسر سعت كمن أعتق شقصه (قش) لاقيمة إذ لاتصير أم ولد ، لـكن ليس للابن بيعها ولا هبتها حتى تضع ، إذ هى حاملة بحر ، فاذا وضعته جاز ، (فرع) (ط قش) ، ولا تجب قيمة الولد إذ لم يتخلق إلا بعد حريته ، إذ عتقت بالعلوق فانعقد الولد على الحرية ، ولم تثبت له حالة رق ، فلا قيمة له بحال (قش) بل تلزم لرقه برق أمه ، لـكن بطل بملك أخيه ، كلو اشتراه . قلنا : بناء على أنها لم تستهلك . (فرع) ويثبت نسب الولد من الأب إجماعاً إذ شبهة الملك كشبهة النكاح « مسألة » (ط هب حص) ، وللأب استنكاح أمة ابنه (ش ك) لا ، كما لايتزوج أمة نفسه . قلنا : هذه ليست ملكا له فافترقا ، ولعموم (ماوراء ذلكم) « مسألة » وليس للابن وطء أمة والده ، فإن فعل عالما بالتحريم حد ولا مهر ولا نسب ، ويعتق الولد على الجد لرحمه (ى قط) ، فإن كان جاهلا لقرب عهده بالاسلام أو بعده عن خلطة المسلمين ، سقط الحد ولزم المهر ولحق النسب للشبهة ، ولا تصير أم ولد فى الحالين ، إجماعاً . ويعتق الولد ولا قيمة إذ عتق بفعل الله تعالى . قلنا : المذهب أن الجاهل هنا غير معذور لضعف الشبهة ، (فرع) وللابن استنكاحها إجماعاً ما لم ينظر إليها أبوه بشهوة أو يلمسها بشهوة ، وتعتق أولاده لرحمهم من أبيه ، « مسألة » (م ح) وإذا تزوج أمة بغير إذن سيدها فدخل بها ثم عتقت نفذ النكاح إذ العتق كالاجازة ، ولاخيار لها ، إذ لم يطرأ العتق على النكاح . قلت : مذهب (ح) والمهر للسيد إذ وطئت فى ملكه (ع) إن خلا بها قبل العتق فالمهر للسيد ، إن لم يطأ إلا بعده ، وإلا فلها ، وعنه : العبرة بالوطء لا الخلوة وهو الأصح . قلت : فان دخل عالماً بالتحريم حد ولامهر (فرع) فإن مات السيد قبل الإجازة بطل النكاح ، إذ لايورث خيارها (الحنفية) بل يورث ، فان ترك ابنين فصاعداً نفذ باجازتهما ، إذ ليس لهما وطؤها لأجل الشركة ، فان ترك ابناً واحداً لم تصح إجازته ، إذ له وطؤها وطرأت استباحة تامة على استباحة موقوفة فمنعت الإجازة . قالوا : فأما العبد إذا مات سيده وقد نكح بغير إذنه فللورثة الإجازة قلوا أم كثروا ، لفقد المانع فى حقه . قلنا : خيار الإجازة لايورث كما سيأتى .

فصل فى الاستبراء

«مسألة» (ه قين ث خعى ك) ومن سبى أمة وتملكها بأى وجه لزمه استبراؤها للوطء . الحامل بالوضع ، والحائض بحيضة ، والآيسة بشهر ، لقوله ﷺ فى سبايا أوطاس « لاتوطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تحيض » فقيست سائر التمليكات على السبى (د البتى) لايجب فى غير السبي كالشراء إذ هو عقد كالتزويج . لنا قول على عليه السلام « من اشترى جارية فلايقربها حتى يستبرئها بحيضة » ولم يظهر خلافه ، والنكاح لايقتضى ملك الرقبة فافترقا « مسألة » (ه ن ث ك خعى) وعلى البائع الاستبراء للبيع ، إذ هومالك للوطء فلا يملك غيره إلا بعد الاستبراء كالزوجة (ز م ى ش) لا ، إذ لم يؤثر إلا فى تجدد الملك . قلنا : والقياس دليل شرعى (ح) يستحب فقط احتياطا من الحمل . قلنا : استبراء المشترى كاف لولا القياس . قلت : أما الحامل والمعتدة والمزوجة فلا استبراء لبيعهن اتفاقا ، إذ لاموجب له «مسألة» (ه ش ك) وتستبرأ الأمة للانكاح كأم الولد (حص) فراش أم الولد مستقر لا الأمة . قلنا : يؤدى إلى اختلاط الماء والنسب . قلت : ثم إنه عقد يحل به الوطء فأشبه البيع « مسألة » (يه ش) وتستبرأ المعتقة للنكاح بحيضة ولو للمعتق عقيب شراء أو نحوه ، إذلم يفصل فى خبر السبايا بين أن توطأ بالملك أو العتق أوتزوج (ى حص) لا ، إذ لم يؤثر إلا فى تجدد الملك . لنا عموم الخبر . ثم إنه إذا حرم وطؤها بتجدد الملك حتى تستبرأ ، لزم إذا حرم بالاعتاق أن تستبرأ . قلنا : وفيه نظر ، وإذ لو اشتراها محرمة فاعتقها وأراد نكاحها لم يزل تحريم العتق تحريم الإحرام . وكذا لو شراها فحرم وطؤها لأجل الشراء فأعتق فى الحال ، لم يرفع تحريم الشراء (فرع) (ط هب) وله العقد عليها

فصل فى الاستبراء

(قوله) «فى سبايا أوطاس» الخ .عن أبى سعيد ورفعه أنه قال فى سبايا أوطاس «لاتوطأ حامل حتى تضع، ولاغير ذات حمل حتى تحيض حيضة» أخرجه أبو داود .وعن العرباض بن سارية «أن رسول الله ﷺ نهى أن توطأ السبايا حتى يضعن مافى بطونهن » أخرجه الترمذى . وفى ذلك أحاديث أخر . اه

(قوله) «لنا قول على عليه السلام من اشترى جارية فلا يقربها حتى يستبرئها بحيضة» حكاه فى الشفاء وغيره .

قبل الاستبراء وإنما يحرم الوطء فقط (ش) لا، كالعقد فى العـدة. قلنا: القياس صحته فى العدة لـكن منعه قوله تعالى (ولاتعزموا عقدة النكاح) وقياسها على العقد فى حال الحيض والنفاس أقرب «مسألة» ولا فرق بين الرجل والمرأة فى وجوب الاستبراء (الاكثر) والبكر كالثيب إذ لم تفصل الآثار (عم) بل لايلزم المشترى استبراء البكر لتيقن براءة رحمها. قلنا: العلة تجدد الملك لعموم الدليل، وفائدة استبراء المالكة أن لاتزوجها، ومن أوجبه على البائع جعله تعبداً، فلا فرق بين الرجل والمرأة فى وجوب الاستبراء. و بين من تصلح للوطء و بين من لا. قلت: والعلة إباحته للوطء فلزم و إن تراخى وطء الصغيرة أواشترتها المرأة، إذ أباح لها البائع أن تبيح الوطء «مسألة» (ى) ولو وطئها المشـترى قبل الاستبراء ثم باعها قبله فسد البيع، للاجماع على وجوبه، ولا عبرة بخلاف (د) و (البتى) قلت: وقد صرح بأن خلاف (د) معتبر فى غير هـذا الموضع (ى) ومن أوجب الاستبراء للبيع حكم بالفسـاد. وإن لم تستبرأ (ن)، لا إذ هو تعبد فلا يمنع صحة البيع «مسألة» و تستبرأ الآيسة بشهر لقيـامه مقام الحيضة فى العدة، ومتى اغتسلت من الحيض أو مضى عليها وقت صلاة اضطرارى فقد تم الاستبراء كالعدة. ويصح بيع الحامل من زنا ولاتوطأ حتى تضع وتطهر (م هب) ومن انقطع حيضها لعـارض فبـأربعة أشهر وعشراً، إذ هى أكثر العـدد المفروضة فيعلم بها براءة الرحم (ى يه) بل إلى الاياس كالمعتدة. قلنا: الاستبراء أضعف فاكتفى فيه بتيقن براءة الرحم «مسألة» (يه حص) ولا تعتد بحيضة استبرأها فيها، بل تستأنف كالعدة. ولقوله: حتى تحيض (ن) تعتد بها. قلنا: بعض حيضة (م ط ش ف) فان حاضت بعد العقـد قبل القبض أجزأت، إذقدطابق الخبر (ح) لا، إذ القبض من تمام العقد. قلنا: فى البيع فقط «مسألة» وتجزىء حيضة فى خيار المشترى، لا فى خيارهما، أو البائع. وعلى الشريك الاستبراء، إذ البعض كالكل فى ذلك (فرع) ولا تجب نية الاستبراء للوطء (ص) تجب. قلنـا: القصد مضى المدة «مسألة» (الأكثر) وليس المستبرىء ونحوه الاستمتـاع فى غير الفرج، ولا اللمس والتقبيل لشهوة فى التى يجوز فيها الحمل لعموم، «لاتوطأ» وهو استمتاع فأشبه الوطء (عم بعص) يجوز إذ

(قوله) «قلنا فى البيع فقط للخبر» يعنى ما سيأتى فى البيع من قوله ﷺ «إذا ابتعت بيعاً فلا تبعه حتى تستوفيه».

لم يحرم إلا الوطء إلا فى الحامل . قلنا : ومقدماته مقيسة . قلت : فيه نظرة « مسألة » (ه ع ط) فأما التى لايجوز حملها لصغر أو كبر فله الاستمتاع لمدم (أو ماملكت أيمانهم) فلا يخرج إلا ماخصه دليل،كالتى يجوز حملها (م ى قين) لا، لعموم الخبر . قلت : معارض بعموم الآية ، وهى أرجح للقطع بمتنها ، لكن الترك أحوط (فرع) أما المستبرىء للبيع فله الاستمتاع ، إذ لا يخشى محظور ، إذ له الوطء «مسألة» (الحقينى ط ع) وكالبيعين المتقايلان والمتفاسخان بالتراضى فقط فى وجوب الاستبراء على الخلاف (فرع) فإن فسخت بالرؤية أو الشرط أو العيب فوجهان : أصحهما لااستبراء إذ الفسخ بها رفع لأصل العقد ، و إذا فسخ بيع أم الولد والمدبرة فلا استبراء ، إذ هو رفع للعقد من أصله ، و بالتراضى يجب ذلك ، إذ هو كعقد جديد .

فصل فى استباحة الوطء

« مسألة » لا يحل فرج إلا بملك أو نكاح ، لا بإباحة أو عارية أو نحوهما ، لقوله تعالى (إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم) « مسألة » ويحرم وطء الأمة الحربية والمجوسية ، لقوله تعالى (ولا تمسكوا بعصم الكوافر) وفى الكتابية الخلاف (ى ه ح) فإن تولدت بين كتابى ووثنية أو العكس لحقت بالأم (ش) بل بالأب . لنا ما مر ، فإن وطىء فلا حد إذ هى ملكه « مسألة » ولاتوطأ بالملك مشتركة إجماعا ، إذ لااشتراك فى فرج، لاختلاط النسب (فرع) فإن فعل فلا حد، و إن علم لشبهةالملك ،ولزمه حصة الشريك من العقر ومن قيمتها يوم الحبل،إذ هو وقت الاستهلاك . ومن قيمة الولد يوم الوضع ، إذيعتق . ولا قيمة له قبل وضعه ، ولم يدخل العقر فىالقيمة لاختلاف سبب ضمانهما، بخلاف أمة الابن ، ولا تضمن قيمة الولد ، حيث الشريك أخ له أو نحوه . إذعتق عليه بأمر الله سبحانه وتعالى لا بجناية الواطىء (فرع) فإن وطئا فعلقت فادعياه معاً ، فهو ابن لكل فرد منهما ، أى يرثهما ميراث ابن كامل، ومجموعهما أب ، فان مات أحدهما ، كل الباقى منهما أباً، أى يرثه ميراث أب كامل ، فان اختلف وقت الدعوة كان للسابق منهما ، حيث الثانى حاضر عالم ، و إليه رجع (م) فان اختلف الشريكان المدعيان فى الحرية والرق،فالولد للحر ليستفيد الحرية فان كان أحدهما كافراً فللمسلم ليستفيد الإسلام (فرع) فإن كان أحدهما حراً ذمياً ، والآخر عبداً مسلماً ، لحق بالمسلم ليتقرر له الإسلام (م) بل بالحر ليستفيد الحرية . قلنا : تقرر الاسلام عنده

بنشوئه عليه أنفع « مسألة » وإذا وطئت المبيعة قبل التسليم فلا حد ولو علم ، إذ له شبهة من حيث الضمان ، فتلفها من ماله ، ولا يلحق النسب ولا تصير أم ولد، إذ لم توطأ فى ملك (ض زيد أبو جعفر) ولا مهر عليه ، إذ يتعيب المبيع ويتلف فى يد البائع من ماله (ى فو) بل يلزم للمشترى إذ البضع ملك له . لنا : ما مر (فرع) (ى) وكذا المسبية قبل القسمة عند أصحابنا . قال : ويمكن قياسها على المشتركة « مسألة » وشبهة النكاح كالعقد بالرضيعة والمعتدة جهلا ، يسقط الحد ويوجب المهر ويلحق النسب ، كما مر « مسألة » والإكراه يسقط الحد ، ولا يوجب مهراً ولا نسباً كما سيأتى « مسألة » ولا شبهة فى المعارة والمؤجرة للخدمة ، والمودعة ، وأمة الأب وأمة الأم ، وأمة الزوجة ، والمغصوبة ، فيحد واطئهن علم أم جهل (ى) والمزوجة فى حق المالك ،كالمرهونة فى حق الراهن ، يحد مع العلم لا مع الجهل . قلت : فى القياس نظر، إذ الراهن مالك ، وليست محصنة فلا يحد علم أم جهل « مسألة » قلت : وضابط الإماء فى الحد والنسب و المهر وحرية الولد ورقه . أن نقول : من وطىء أمة أيما له ملك فى رقبتها ثبت النسب وأن لاملك فلا ، إلا أمة الابن مطلقاً والاقيطة والمحللة والمستأجرة والمستعارة للوطء ، والموقوفة والمرقبة المؤقتة ومغصوبة شراها مع الجهل فيهن جميعاً ، ومهما ثبت النسب فلا حد ، والعكس فى العكس ، إلا المرهونة والمصدقة قبل التسليم مع الجهل ، والمسبية قبل القسمة ، والمبيعة قبل التسليم مطلقاً ، والولد من الثماني الأول حر لأجل الشبهة ، وعليه قيمته ، إذ هو نماء مملوكة غيره ، لكن رفع رقه الشبهة ، ومن الأربع الأخر عبد إذ لا ملك ولا شبهة ، ولجميعهن المهر قيمة منافع البضع لمالكهن ، إلا المبيعة ، لما مر من أنها تعيب وتتلف فى يد البائع من ماله .

باب الفراش

الأصل فيه قوله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر» أى متى ثبت الفراش بنكاح أو ملك لحقه الولد و إلا فعاهر ، أى زان يستحق الرجم بالحجر .

باب الفراش

(قوله) «الولد للفراش وللعاهر الحجر» هكذا أخرجه البخارى ومسلم والترمذى والنسائى أيضاً من رواية ابن مسعود .

فصل في فراش الزوجة

(ه ن) إنما يثبت لها بشروط : أحدها : أن يكون الوطء عن نكاح صحيح أو فاسد مختلف في صحته ، أو باطل يوجب المهر غالبا . ولاخلاف في اعتبار العقد ليتميز عن الزنا . والقياس : أن لا يثبت بالباطل ، لولا الاجماع على لحوق النسب . الشرط الثاني : إمكان الوطء في الصحيح والفاسد وتصادقها على الوطء في الباطل عند (ه ش) فما أتت به قبل إمكان الوطء ، لبعد مسافة أو غير ذلك لم يلحق ، لقوله ﷺ «الولد للفراش» أي للواطيء على الفراش بعد النكاح ، فلا فراش قبل إمكانه (ح) لا يعتبر إلا العقد ، فما جاءت به بعده لحقه ، ولو تعذر كونه منه ، بناء على أن المراد بالفراش العقد ، فلو عقد بها ثم طلقها في المجلس ثم أتت بولد لستة أشهر لحقه، وكذا لو كان بينهما مسافة سنة أو أكثر ، وكذا امرأة المفقود لو تزوجت فأتت بولد ، فالقياس لحوقه بالأول ، لكن منعه الاستحسان . قال : إذ لو اعتبر إمكان الوطء لزم لو كان في البلد وأتت بالولد لستة أشهر من العقد ، أن لا يكتفي بالستة في لحوق النسب ، حتى يمضي معها مدة يمكنه الوطء فيها ، والإجماع أنه لا يعتبر أكثر من ستة مع حضوره . قلنا : إذا كان حاضراً فالوطء ممكن من عقيب العقد ، فلا وجه لما ذكر . الشرط الثالث : مضي أقل مدة الحمل إجماعا ، وهي ستة أشهر إجماعاً ، لقوله تعالى (وفصاله في عامين) وقال في أخرى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) وقد احتج بها علي عليه السلام و (ع) على (٢) و(٣) حين هما برجم من جاءت بولد لستة أشهر من يوم العقد ، وإنما

(قوله) « وقد احتج بها علي عليه السلام » الخ . روى أن عمر أتى بامرأة قد حبلت ووضعت لستة أشهر ، فهم بها عمر فقال: ادعوا لي علياً ، فقال: ما ترى في شأن هذه؟ فقال : ماشأنها فأخبره . فقال : إن لها في كتاب الله عذرا ، فقال عمر : في أي كتاب الله تعالى؟ فقال أمير المؤمنين (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة) وقوله تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) فقال عمر عند ذلك : لولا علي لهلك عمر . هكذا حكاه في الشفاء . وروى عن عثمان أنه لما كان في أيام خلافته جاءت امرأة بولد لستة أشهر فهم برجمها فقال ابن عباس: أما إني لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى لخصمتكم ، قال تعالى (وحمله وفصاله ثلاثون شهراً) ثم قال: (وفصاله في عامين) فجعل مدة الحمل ستة أشهر . فرجع عثمان إلى قول ابن عباس» حكى ذلك في الانتصار .

يشترط مضيها ، إذ لو لم تمض قطعنا أنه ليس منه . الشرط الرابع : بلوغهما ، فلا يلحق الولد بابن دون التسع اتفاقا ، إذ لم يعتد ولد لمثله ، و يلحق بابن العشر اتفاقا ، إذ قد يمنى مثله ولو نادراً ، إذ القصد الامكان وفى ابن التسع تردد (ش) لا يلحق إذ لا يمنى مثله (ى أبو إسحاق) بل يلحق ، إذ قد تحيض المرأة لتسع ، فيجوز فى الصبى ، والقصد الإمكان ، ولا بد من تحقق الوطء فى الباطل ، فلا يكفى الإمكان إذ لا حكم للعقد « مسألة » ومتى ثبت الفراش لحق بصاحبه ما ولد ، حتى يرتفع لما سيأتى « مسألة »(ى) و يثبت الفراش للخصى والمجبوب والمسلول ، لإمكان القائه الماء فى الرحم ، ولا عبرة بقول الأطباء : إن ماءه رقيق لا يخلق منه ولد . لقوله تعالى (والله خلق كل دابة من ماء) . قلت : فيه نظر ، لاطراد العادة كالطفل (فرع) فمن أتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجت انتفى ، عن الزوج من غير لعان ، إذ أقل الحمل ستة أشهر . قلت : وهذا يحتاج إلى تحقيق ، إذ خروجه ميتاً لا يقتضى نقصانه ، لجواز خروج الكامل ميتاً ، و إذا خرج حياً ثم مات لم يقتض نقصانه أيضا لاختلاف الأعمار قلة وكثرة ، والأقرب : أن ما أتت به فهو لاحق بذى الماء الجديد ، إلا لمانع ، ولا مانع إلا أن تكذبه الضرورة ، كأن تأتى به ليوم من وطئه ، أو الشرع كأن تأتى به لدون ستة أشهر ، و يعيش مدة أكثر مما يعيش الولد الناقص فيها ، و يرجع فى تقديرها إلى قول النساء العارفات (فرع) ولو طلقت حاملا فوضعت ، ثم تزوجت فأتت بولد لدون ستة أشهر من الوضع لحق بالأول وقطعنا بأنهما بطن واحد لما مر « مسألة » (ى هـ ح) ومن حاضت بعد الطلاق ثلاث حيضات ، ثم تزوجت ثم أتت بولد لدون ستة أشهر ، لم يلحق بالثانى لما مر . ولا بالأول لارتفاع الفراش (ش) يلحق بالأول لجواز اجتماع الحيض والحمل ، وأكثر مدته أربع سنين . قلنا : قد أفسدنا صحة اجتماعهما بما مر ، والظاهر أنه دم حيض لا تغير ، و إلا لم يقطع بانقضاء عدة ولا صحة نكاح ، حتى يمضى أربع سنين من دون وضع . قلت : فيه نظر « مسألة » (أم سلمة) ثم (أكثره ش مح) وأكثر مدة الحمل أربع سنين . أفتى به على عليه السلام ، وهو توقيف . وقد لبث (الزكية) فى بطن أمه أربعا

(قوله) « أفتى به على عليه السلام » حكاه فى الانتصار .

(قوله) « وقد لبث الزكية » الخ . قال فى الشفاء ، وروى أن محمد بن عبد الله النفس الزكية عليه السلام لبث فى بطن أمه أربع سنين » هكذا ذكره فى الشفاء ، ولم يزد عليه ، وفيه : عن عجلان

وخرج وقد نبتت ثناياه (عا ح) بل سنتان لقول (عا) لا يبقى الحمل فى بطن أمه أكثر من سنتين ، وهو توقيف . قلنـا : فتوى على عليه السلام أرجح ، لعصمته وسعة علمه (ك ل) بل خمس سنين (عه هر) بل تسع سنين . إذ قد يتفق ذلك نادراً . قلنا : لا نسلم (ى م ط) المعمول على المعتاد فى لبث الأجنة ، والمعتاد فى أكثره تسعة أشهر ، فهى أكثر الحمل ، وما زاد فنادر (ط) بل التسعة إلى العشرة ، ثم الزائد نادر ولا تعويل على نادر . قلنا : قول على عليه السلام وأم سلمة أرجح ، سيما إذا كان توقيفاً « مسألة » (ه حص) ولا يثبت النسب بالقافة ، وهو الشبه لقوله ﷺ « الولد للفراش » وهذا فى معنى النفى والإثبات ، كقوله « الأعمال بالنيات » (ش) بل يثبت لقوله ﷺ فى امرأة هلال « إن جاءت به أصيهب أثيبج حمش الساقين فهو لزوجها » الخبر . فأثبت النسب بالشبه . قلنا : معارض بقوله ﷺ للذى قال له إن امرأتى أتت بولد أسود « عسى أن يكون عرق نزعه » الخبر . فلم يعتبر الشبه . وقوله فى امرأة هلال ، أراد أنه خلق من ماء من أشبهه ، و إن لم يثبت نسبه شرعاً (ى) أو كان قبل نسخ العمل بالقافة لقوله ﷺ « الولد للفراش »

فصل

والأمة لا يثبت فراشها لمجرد الملك إجماعا ، إذ قد يراد بها غير الوطء « مسألة » (ه ح ث) و إنما يثبت فراشها بالوطء فى ملك أو شبهة مع بلوغها ، ومضى أقل مدة الحمل وادعاء سيدها الولد

= قال : « امرأتى كانت تلد لأربع سنين ، فولدت ولدا لأربع سنين قد نبتت ثناياه » وروى أن منظوراً لبث فى بطن أمه أربع سنين ، فقال فيه الشاعر :

وما جئت حتى آيس الناس أن تجى فسميت منظوراً وجئت على قدر

انتهى بلفظه والله أعلم .

(قوله) « لقول عائشة لا يبقى الحمل فى أمه أكثر من سنتين » حكاه فى الانتصار

(قوله) « كقوله ﷺ فى امرأة هلال » الخ . سيأتى فى اللعان إن شاء الله تعالى .

(قوله) « لعل عرقا نزعه » الخبر . عن أبى هريرة « أن رجلا أتى النبى ﷺ فقال : يارسول الله ولد لى غلام أسود ــ وهو يعرض بأن ينفيه ــ فلم يرخص له فى الانتفاء منه ، فقال : هل لك من إبل ؟ قال : نعم ، قال : ما ألوانها ؟ قال حمر ، قال : هل منها من أورق ؟ قال نعم ، قال أنى ذلك ؟ قال لعله نزعه عرق . قال فلعل ابنك نزعه عرق » أخرجه الستة إلا الموطأ .

فإن لم يدعه فلافراش ، إذ لو لم تعتبر الدعوة لزم بارتفاعه العدة الكاملة كالحرة ، لاستواء الفراشين و إذاً للزمت العدة لو أخرجها عن ملكه ، لزوال استباحة بضعها كالحرة (ح) فلو وطئها مائة مرة كان أولادها أرقاء له ما لم يدع (ى) وهو المذهب (ش ك عى مد حق) بل يثبت بالوطء فى ملك أو شبهة ، ولا عبرة بالدعوة لقضائه ﷺ بثبوت نسب ولد أمة زمعة بن الاسود منه، حين قال عبد بن زمعة : هو أخى ولد على فراش أبي . منكراً لدعوى سعد بن أبى وقاص ، أنه لأخيه عتبة . فقال رسول الله ﷺ « هو لك يا عبد . الولد للفراش » الخبر . ولم يسأل هل ادعاه أبوه أم لا . قلنا : أراد بقوله هو لك ياعبد ، أنه ملك له لظاهر اليد ، لا أخ ، بدليل قوله ﷺ لسودة : احتجبى منه ولو كان نسبه ثابتاً من زمعة كان أخاها. قالوا قال : (٢) « ماتأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقته به» الخبر. يعني ولدها ولم يعتبر الدعوة قلنا: اجتهاد فلايلزمنا، أوقاله في حق من ادعي دون غيره. قالوا: وطء يقتضي تحريم المصاهرة ، فاقتضى ثبوت الفراش كالحرة. قلنا: فراش الحرة يثبت بالعقد ، بخلاف الأمة فافترقا (فرع) فمن اشترى زوجته قلت : واستثنى السيد حملها ثم ولدت لدون ستة أشهر من الشراء ، كان الولد مملوكا لسيدها الأول، و يلحق بالزوج، و إن ولدته لستة أشهر فادعاه لحقه وصارت أم ولد (الغزالى) لا ، إذ لم يقر بوطئها فى ملكه. قلنا: دعوته كالاقرار. فإن لم يدعه فلك لسيدها الأول، إذ هو الظاهر حينئذ « مسألة » ومتى ثبت فراش الأمة لحق سيدها ماجاءت

(قوله) « لقضائه ﷺ » . الخ عن عائشة ان عتبة ــ هو ابن أبى وقاص ــ عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن ابن وليدة زمعة منى فاقبضه إليك . فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال : ابن أخى عهد إلى فيه ، فقال عبد بن زمعة : أخي و ابن وليدة أبي ولد على فراشه . فتساوقا إلى النبي ﷺ ، فقال سعد : يارسول الله ابن أخي قد كان عهد إلي فيه أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبى ولد على فراشه ــ وفى رواية ــ فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبهاً بيناً بعتبة فقال النبي ﷺ : هو لك ياعبد بن زمعة ، الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبى منه : لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقى الله عز وجل ــ وكانت زوجة النبي ﷺ » هذه إحدى روايات البخاري و مسلم والموطأ . ولأبي داود والنسائى نحوه . وفيه أحاديث أخر .

(قوله) « قال (٢) ما تأتيني وليدة » الخ . عن ابن عمر ان عمر قال مابال رجال يطأون ولائدهم ثم يعزلون عنهن ، لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه ألم بها إلا ألحقت ولدها فاعتزلوا بعد أو اتركوا أخرجه الموطأ .

به من بعد، وإن لم يدعه كالزوجة لثبوت الفراش وضعف الرق (فرع) (ه) ولا يصح نفى ولدها بلعان ولاغيره (الحنفية) يصح بلا لعان، إذ له نقل فراشها إلى غيره بالتزويج، من غير اعتبار أمر آخر، بخلاف الزوجة فليس له نقل فراشها، فلم يكن له نفى ولدها إلا باعتبار أمر آخر وهو اللعان. قلنا: لانسلم صحة نقله فراشها مالم تعتق، فلا قياس حينئذ «مسألة» ويصح اتفاق فراشين للحرة، كنكاح امرأة المفقود حيث رجع وقد تزوجت. وكنكاح المعتدة جهلا، والأعمى غلط بغير زوجته (فرع) فإن أمكن إلحاقه بأحدهما دون الآخر لحق بالممكن، فلو أتى لفوق أربع سنين من وطء الأول ولستة أشهر من الثانى، ألحق بالثانى. ولأربع من الأول ولدون ستة أشهر من الثانى ألحق بالأول، ولفوق أربع من الأول (ى) أو تسعة أشهر على قولنا، ودون ستة من الثانى، لايلحق أيهما، لظهور تعذره منهما (فرع) (ه ح) فإن أمكن إلحاقه بهما معا: كادون أربع من الأول وستة فصاعدا من الثانى ألحق بالثانى، إذ هو الأجد ماء، فالظاهر كونه منه (ش) بل يعمل بالقافة إذ لاترجيح لأيهما. قلنا: بل الترجيح بماذكرنا، والقافة غير ثابتة شرعا لما مر (ع ح) بل بالأول، إذ هو أسبق فحكمه أقوى. قلنا: السبق غير مؤثر هنا، بل المتأخر أقوى لمجاوزته الحكم ثم قد رجع (ح) عن ذلك فلاحكم له «مسألة» قلت: فإن اتفق فراشان غير مترتبين كوطء الشركاء المشتركة

(قوله) «من يعمل بالقافة» قلت: وحجته على ذلك حديث عائشة قالت: «إن رسول الله ﷺ دخل على مسروراً تبرق أسارير وجهه، فقال ألم ترى مجززا المدلجى نظر آنفا إلى زيد وأسامة، فقال هذه الأقدام بعضها من بعض، وفى رواية أن عائشة قالت «دخل قائف والنبى ﷺ شاهده وأسامة ابن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان، فقال إن هذه الأقدام بعضها من بعض، فسر ذلك النبى ﷺ وأعجبه» وفى رواية أخرى «ألم ترى أن مجززا المدلجى دخل على رأى أسامة وزيدا وعليهما قطيفة قد غطيا رؤسهما وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» أخرجه الستة إلا الموطأ وكان أسامة أسود مثل القار، وزيد أبيض مثل القطن. انتهى - ح - مجزز هذا بضم الميم وفتح الجيم وتشديد الزاى الأولى وكسرها، ومدلج بطن من كنانة وهو بضم الميم وسكون الدال وكسر اللام، وآخره جيم، والقافة جمع قائف وهو الذى يعرف الشبه بين الأقارب إذا نظر إليهم، وكان ذلك معروفاً لبنى مدلج.

(قوله) «والقافة غير ثابتة شرعاً لمامر» يعنى فى خبر ابن وليدة زمعة. والأحسن أن يقال القيافة غير مشروعة إذ القيافة هى المصدر، وأما القافة فهى جمع قائف كما مر.

والمتناسخة فى طهر وطئها كل فيه قبل بيعها ، وصادفهم الآخر، فان هذه أم ولد لجميعهم ، والولد لهم جميعا . قلت : وفى إلحاق ماولد بعده لهم جميعا من غير دعوة نظر، إذ فيه حمل على خلاف السلامة (فرع) فإن وطئت المتناسخة فى أطهار فولدت لدون ستة أشهر من وطء الأول ، لم يلحق أيهم لما مر ، بل مملوك لمن هى فى يده، وكأنه اشتراها حاملا. وإن أمكن إلحاقه ببعض دون بعض فكما مر فى الحرة ، لكن الدعوة شرط هنا ، والحمل عيب يفسخ به . و إذا انكشفت أم ولد لهم جميعاً بطل بيعها بعد مصيرها كذلك، فيتراجعون الثمن، فكل واحد من الثلاثة يرجع بثلثى الثمن ، ومن الأربعة بثلاثة أرباعه ، ونحو ذلك ، وهو مراد (ط) بالقيمة فى بعض نسخ التحرير والوجه ظاهر .

باب أنكحة الكفار

«مسألة» يلزمنا النظر فيها حيث أسلموا أو دخلوا فى الذمة ، لا أنكحة الحربيين ، لانقطاع أحكامهم عنا « مسألة » (ه ح عى هر قش) إنما نقر من أنكحتهم ماوافق الاسلام قطعا ، أو اجتهاداً ، و إلا فلا ، كنكاح المحارم والجمع بين الأختين، إذ من شرط الذمة التزام ماحكم به المسلمون (ظ) فيجب إبطالها وان لم يترافعوا إلينا للقطع بكونها منكراً، ولادليل على جواز إقرارهم عليها (م ى) لا ، حتى يترافعوا لقوله تعالى (فان جاؤوك فاحكم بينهم) فشرط فى الحكم عليهم الترافع و إذ قد أقروا على الكفر وهو أبلغ . قلت : خصه الدليل والآية محتملة (قش) بل انكحتهم كلها فاسدة ، لمخالفتها المشروع ، وتقرير الاسلام إياها رخصة فى حقهم (اش) بل صحيحة ، بدليل حصول التحليل بوطء الذمى ، وتحريم المثلثة عندهم ، ونحو ذلك (الحداد . الغزالى) لايوصف حال كفرهم بصحة ولا فساد ، فإن أسلموا صحح ما وافق الأسلام قطعا أو اجتهاداً ، و بطل ماخالف ذلك (قش ك) بل توصف بالبطلان وافقت أم خالفت ، لقوله ﷺ «المؤمن والكافر لاتتراءى نيرانهما» فاقتضى بطلان مافعلوه حال الكفر .لنا قوله تعالى (امرأة فرعون) فأضافها إليه ، وقوله تعالى (وامرأته حمالة الحطب) فاقتضى الإضافة لصحة ماوافق دون ماخالف ، إذلا دليل ، والخبر يستلزم إبطال قضائهم الديون ، وردهم الودائع ولاقائل به « مسألة » فمن أسلم عن عشر وأسلمن معه اقتصر على أربع ، لخبر غيلان

باب أنكحة الكفار

(قوله) « لخبر غيلان » تقدم .

ونوفل بن معاوية . وعن أختين فارق إحداهما كفيروز الديلمي وكذلك المرأة وعمتها وخالتها وكذا لو عقد بامرأة وابنتها ولم يدخل (قش) بل تعين البنت وتحرم الأم ، إذ صارت محرما . فان عقد عقودا بطل مافيه الخامسة أونحوه «مسألة» (ه ح ف هر) و إمساك الأربع و إحدى الأختين إنما هو بعقد جديد ، لبطلان أصل العقد حيث جمن فيه ، لخرق إجماع المسلمين (ش ك مح مد) لايحتاج لقوله ﷺ «وأمسك أربعا» و«أمسك أيتهما شئت» قلت : أراد بعقد ، جريا على القياس ثم بنوا على أصل غير مسلم ، وهو القول بصحة عقود المشركين مطلقا (فرع) (ه حص) وقوله ﷺ « وفارق سائرهن» و«فارق الأخرى» أراد فرقة اعتزال لاطلاق إذ العقد باطل (ش) بل أراد الطلاق ، كقوله تعالى (أوفارقوهن بمعروف) قلنا : هو حقيقة في مفارقة البدن ، فلايحمل على المجاز إلابدليل ولادليل.

(فرع) (ع) فإن عقد بأربع وثلاث في عقدين والتبس المتقدم ، صح ماوطىء فيه ، إذ الدخول قرينة التقدم . فلو عقد باثنتين وثلاث واثنتين ، فدخل باحدى الاثنتين صح الأربع و بطل الثلاث ، و إن دخل باحدى الثلاث بطلت الأربع (فرع) فان لم يطأ أيتهن أو التبست الموطوءة ، بطل نكاحهن ، فيعقد بمن شاء . وقيل : بل يطلقهن جميعا ، إذ عروض اللبس لايبطل العقد الصحيح فيرتفع اللبس بالطلاق ، وحينئذ يختلف حكمهن في المهر والميراث . أما المهر فان دخل بهن جميعاً ، لزم لكل واحدة نصف المسمى ، ونصف الأقل من المسمى ومهر المثل ، لاحتمال كون عقدها صحيحاً أو فاسداً فيحول . و إن لم يسم لهن ، استحقت كل واحدة منهن مهر المثل لأجل الوطء . فان لم يدخل بأيتهن فلأربع مهر ان بينهن أرباعا ، وللثلاث مهر ، ونصفه بينهن أثلاثا تحويلا كما مر . فان دخل ببعض دون بعض فقس على ذلك . وأما الميراث فنصفه بين الأربع أرباعاً ، ونصفه بين

(قوله) « و نوفل بن معاوية» روى عن نوفل بن معاوية أنه أسلم عن خمس نسوة ، قال فأتيت الرسول ﷺ فقال لى «فارق إحداهن . فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها ، وأبقيت البواقى» حكاه فى الانتصار . ونحوه فى التلخيص ، ونسبه إلى الشافعي . وفى آخره قال «فعمدت إلى أقدمهن صحبة عجوز عاقر ، معى منذ ستين سنة فطلقتها» وعن الحارث بن قيس – أو قيس بن الحارث – قال « أسلمت وعندى ثمانى نسوة ، فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ ، فقال : اختر منهن أربعاً» أخرجه أبو داود .

(قوله) « كفيروز الديلمى» عن الضحاك بن فيروز عن أبيه قال : قلت يارسول الله « نى أسلمت وتحتى أختان ، قال : طلق أيتهماشئت » هكذا فى رواية أبى داود . وفى رواية الترمذى «اختر أيتهما شئت وطلق الأخرى » .

الثلاث أثلاثا تحويلا ، حيث عقد بأربع وثلاث . فان عقد باثنتين وثلاث واثنتين، فنصف الميراث بين الثلاث أثلاثا ، ونصفه بين الأربع أرباعا تحويلا . فان كانت إحدى الأربع أو الثلاث أمة ، فنكاحها باطل ، والتحويل بين الحرائر فقط على ما مر « مسألة » فان أسلم الزوج وحده فلا نفقة لزوجته ، إذ بقاؤها كافرة كالنشوز (هب قش) فإن أسلمت وحدها لزمته نفقة عدتها إذ لا نشوز. وقيل : لا ، إذ هي كالناشزة لمخالفة دينه . لنا : (ماعلى المحسنين من سبيل) (ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا) (فرع) فان قالت . أسلمت أنا وأقمت أنت على الشرك ، فعليك نفقتي . فقال : بل أسلمت قبلك ولم تسلمي ، فلا نفقة . فالقول لها ، إذ الأصل لزوم النفقة .وقيل: بل القول له ، إذ تستحق يوما فيوما ، والأصل عدم الوجوب . قلنا : مع التصادق على الزوجية الأصل الوجوب إلا لعارض (فرع) وإذا التبس المتقدم من الأربع والثلاث ، فللأربع نفقتان ، بينهن أرباعا ، وللثلاث نفقة ونصف بينهن أثلاثا تحويلا . كما مر « مسألة » فان أسلم عن خمس زوجات ، أربع إماء وحرة وأسلمن ، انفسخت الإماء وبقيت الحرة ، إذ لا تنكح أمة على حرة ، فان ماتت الحرة عقيب إسلامها ، لم يكن له اختيار إحدى الإماء ، إذ قد بن باسلامها.فان أسلمن دونها ، لم يختر أي الإماء قبل انقضاء عدة الحرة ، فإن أسلمت انفسخن ، وإن بقيت حتى قضت العدة ، اختار أي الإماء إن خشي العنت ، ولم يتمكن من حرة ، فان أسلم عن أربع إماء وأسلمن بقين حيث خشي العنت أو تعذرت الحرة (ثور) بل يبقين مطلقا . قلت : إنما يقر على ماوافق الشرع . قلت : وفيه نظر لخلاف (ح) و (البتي) وقد مر (هب) فان أسلم عبد عن أربع وأسلمن ، أقر عليهن (ش) بل على اثنتين ، إذ ليس له الزيادة . لنا ما مر . و إذا أسلم العبد عن خمس إماء وخمس حرائر ، فله اختيار أربع من أيهن (ش) بل اثنتين فقط . لنا : ما مر .

كتاب الطـــلاق

هو في اللغة : الإطلاق والتخلية . من أطلقت المحبوس وخطام الفرس : أي أزلته من يدي . ويقال : طلق الوجه ، أي زائل العبوس ، وطلق المرأة خروج الولد (الأخفش) يقـال : طلقت المرأة ، بفتح اللام لا ضمها ، وهو مصدر : ككلمت كلاما . وفي الشرع: اللفظ المزيل لعقد النكاح من غير فسخ ، أو ما في حكمه « مسألة » والأصل عليه من الكتاب (الطلاق مرتان) ونحوها. ومن السنة « الطلاق للعدة هو أن يطلقها طاهراً » الخبر ونحوه . والاجماع على كونه مشروعاً متواتر . والقياس : كون النكاح عقد معاوضة ، فجاز إزالته بالطلاق ، كالبيع بالفسخ .

كتاب الطلاق

(قوله) « الطلاق للعدة هو أن يطلقها طاهراً » الخبر ونحوه . عن ابن عمر « أنه طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ فتغيظ رسول الله ﷺ ثم قال : ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر ، فان بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها ، فتلك العدة كما أمر الله عز وجل » وفي رواية نحوه ، و « أن رسول الله ﷺ قال: مره فليراجعها حتى تحيض حيضة مستقبلة سوى حيضتها التي طلقها فيها ، فان بدا له أن يطلقها فليطلقها طاهرا من حيضها قبل أن يمسها قال والطلاق للعدة كما أمر الله تعالى . وكان عبد الله طلقها تطليقة فحسبت من طلاقها وراجعها عبد الله كما أمر رسول الله ﷺ » وفي رواية نحوه إلا أنه قال : قال ابن عمر « فراجعتها وحسبت لها التطليقة » وفي رواية لمسلم « أن ابن عمر طلق امرأته وهي حائض فذكر ذلك عمر للنبي ﷺ قال : مره فليراجعها ثم يطلقها طاهرا أو حاملا » وفي أخرى له قال : « طلقت امرأتي على عهد رسول الله ﷺ فذكر ذلك عمر لرسول الله ﷺ فقال مره فليراجعها ثم ليدعها حتى تطهر ثم تحيض حيضة أخرى ، فاذا طهرت فليطلقها قبل أن يجامعها ، أو يمسكها فانها العدة التي أمر الله عز وجل ان تطلق لها النساء » قال عبيد الله: قلت لنافع ما صنعت التطليقة ؟ قال واحدة اعتد بها » وفي رواية للبخاري ومسلم بنحوه إلا قوله « تطلق لها النساء » وفي أخرى لهما « أنه طلق امرأة له وهي حائض تطليقة واحدة فأمره رسول الله ﷺ أن يراجعها وذكر نحوه قال في آخر : رواية البخاري « وكان عبد الله إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم إن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك » وفي رواية « قال ابن عمر : لو طلقت مرة أو مرتين ، فان النبي ﷺ أمرني بهذا ، وإن كنت طلقتها ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك ، وعصيت الله فيما أمرك به من طلاق امرأتك » وفي أخرى

فصل

وينقسم إلى صريح : وهو مالا يحتمل غيره . وكناية : وهو مااحتمله وغيره . والصريح : إلى عربي وعجمي ، والكناية كذلك . وإلى رجعي وبائن ، وإلى سني وبدعي ، وإلى مطلق ومقيد بوقت أو شرط . وإلى قول وفعل : كالكتابة والاشارة . وسيأتي كل قسم منها «مسألة» (الأكثر) على انقسامه إلى سني و بدعي (عش) لا بدعة فيه ، بل كله مباح ، لقوله تعالى (الطلاق مرتان) ونحوها ، ولم يفصل . لنا : (فطلقوهن لعدتهن) ولم يفصل . وقوله ﷺ «لعمر مره فليراجعها»

عن محمد بن سيرين قال : « مكثت ثلاثين سنة يحدثني من لا أتهم أن ابن عمر طلق امرأته ثلاثا وهي حائض ، فأمر أن يراجعها فجعلت لا أتهمهم ولا أعرف الحديث ، حتى لقيت اباغلاب يونس بن جبير ـ وكان ذا ثبت ـ فحدثني أنه سأل ابن عمر فحدثه أنه طلق امرأته تطليقة وهي حائض فأمر ان يراجعها قال قلت: فحسبت عليه ؟ قال فمه أو إن عجز واستحمق» هذا نص حديث مسلم عن علي بن حجر ، وفي رواية أخرى «طلق ابن عمر امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فقال النبي ﷺ ليراجعها ، فردها ، وقال إذا طهرت فليطلق أو ليمسك ، قال ابن عمر : وقرأ النبي ﷺ (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن قبل عدتهن) قال مسلم في حديث عبد الرزاق : وفيه بعض الزيادة ولم يذكرها . قال أبو مسعود في سياق هذا الحديث «فردها علي ولم يره شيئا» وفي رواية الموطأ عن نافع «أن عبدالله بن عمر طلق امرأته وهي حائض على عهد رسول الله ﷺ ، فسأل عمر ابن الخطاب رسول الله ﷺ عن ذلك ، فقال: مره فليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، ثم إن شاء أمسك وإن شاء طلق قبل أن يمس ، فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء» وأخرج أبو داود رواية الموطأ ، وأخرج هو والترمذي والنسائي رواية ابن سيرين مختصرة ، وقال أبو داود : روى هذا الحديث جماعة بمعناه كلهم قالوا: « عن ابن عمر أن النبي ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ، ثم إن شاء طلق وإن شاء أمسك» قال : وأما رواية سالم ونافع «أنه ﷺ أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ثم إن شاء طلق أو أمسك »قال أبو داود: فالأحاديث كلها خلاف ما رواه أبو الزبير . وأخرج الترمذي أيضا مختصراً عن سالم عن أبيه أنه طلق امرأته في الحيض فسأل عمر النبي ﷺ فقال : مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا ». اه قلت : وإنما ذكرت هذه الروايات كلها ها هنا لما سيأتي في الكتاب من الاشارة إلى أطراف منها في مواضع متعددة ، فأحيل ماسيأتي منها على ماذكرته هنا ، وما أشار إليه في الكتاب مما ليس في هذه الروايات، فهو غير مذكور في الجامع، والله أعلم.

«مسألة» (ى) ولا بدعة فى حق غير المدخولة، إذ لا عدة عليها . فلاتتناولها الآية (يه حص) لكن يكره الثلاث فى حقها ، إذ لا عبرة بأطهارها (ش) لا يكره (ك) لا أعرف الطلاق للسنة إلا مرة فى المدخولة وغيرها (يه حص) و يكره فى حال حيضها ونفاسها (ش) لا . « مسألة » وقد يجب الطلاق كن المولى ، إذا امتنع عن الفيئة . قلت : ومن لم تحصن فرجها . ويستحب حيث يخاف أن لا يقيما حدود الله بينهما، وحيث يكره النكاح ، والمتهمة بالفاحشة ، والأمة بعد إمكان الحرة . ويقبح وهو البدعى ، وحيث يجب النكاح ولا يجد سواها . و يكره حيث طلقها لتحل لغيره ، وحيث يستحب له النكاح ولا يجد سواها . و يباح له ما عدا ذلك «مسألة» وسنيه واحدة فقط ،إذ قال ﷺ لابن عمر «ما هكذا أمر ربك » الخبر . فى طهر لم يجامعها فى جميعه ، ولا طلقها ، ولا فى حيضته المتقدمة ، لقوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) أى مستقبلات لها، وقرأ ﷺ هو و(ع) (فى قبل عدتهن) ولقوله ﷺ لابن عمر «فلتطلقها طاهراً» واشترط (ن) النية والاشهاد للآية. واعتبر اجتماعها « مسألة » ولا بدعة فى حق الحامل و إن وطئها حاله ، لقوله ﷺ « فليطلقها طاهراً أو حاملا قد استبان حملها » ولا عبرة بتدميها حال الحمل « مسألة »وكذلك الآيسة لصغر أو كبر (ه قين) لكن يستحب الكف عن جماعها شهراً قبل الطلاق ، لقيام الشهور فيها مقام الحيض (فر) بل يجب كوجوب الفصل بين الجماع والطلاق فى ذوات الحيض بحيضة . قلنا : إنما وجب هناك ، لتيقن براءة الرحم ، وهي ههنا متيقنة « مسألة » و يقع الطلاق عن كل زوجة ، ولو صغيرة أو مجنونة إجماعا ، إذ لم تفصل أدلته . و يصح التوكيل به ولو لها ، كما سيأتى (يه حص) فان أراد التثليث فرقها على الأطهار ، أو الشهور وجوباً ، لئلا يبتدع (ك) تعدى الواحدة بدعة ، ولو فرق . لنا : (فطلقوهن لعدتهن) فاذا فرق فقد طلق للعدة ، لقوله ﷺ « الطلاق للعدة هو أن يطلقها طاهراً» من غير جماع ، لكن يندب أن لا يتعدى واحدة مخافة الندم (فرع) (٢ ع عو) ثم (يه ح ك) فاذا جمع الثلاث فى طهر كان مبتدعا ، لقوله ﷺ لا بن عمر «ما هكذا أمر ربك ، أمرك أن تستقبل الطهر وتطلقها لكل قرء»(الحسن بن على وابن عوف) ثم (ابن سيرين)ثم (ى ش مد) ليس بدعة ولا مكروها ، إذ لم يفصل قوله (فطلقوهن لعدتهن) وقوله (الطلاق مرتان) كذلك .

(قوله) « ماهكذا أمر ربك » يعنى ابن عمر : أمرك ان تستقبل الطهر وتطلقها لكل قرء . حكاه فى الانتصار .

قلت : قوله ﷺ « وتطلقها لكل قرء» مخصص «مسألة» (ع) ولو قال : أنت طالق للسنة، وقعت متى كملت الشروط ، فان قال : ثلاثاً للسنة ، تفرقت على الأطهار ، بشرط تخلل الرجعة عندنا كما سيأتى ، إن أراد التوقيت لا التعليل ، فتطلق فى الحال ، كأنت طالق لسوادك . والظاهر فى قوله للسنة : إرادة التوقيت . وفى قوله لسوادك : إرادة التعليل « مسألة » (ى) ولو قال: أفضل الطلاق أو أجمله . فهو كقوله : للسنة . وكذا طلقة حسنة . فإن قال : طلقة حسنة قبيحة ، وقع فى الحال ، لتناقض الصفتين فلغتا ، كقوله : أنت طالق غير طالق . قلت : فيه نظر بل . يعتبر الوصف الأول و يلغو الثانى ، إذ هو كالرجوع « مسألة » فان قال : أنت طالق ثلاثاً فى كل قرء طلقة ، لم يقع عليها إلا فى الحيض ، وتتفرق مع تخلل الرجعة ، فان قال : ثلاثا بعضها للسنة ، و بعضها للبدعة، فله نيته فى تقدير البعض ، وحيث لا نية يجب التنصيف ، فتقع طلقة ونصف للبدعة ، لكن يتمم اثنتين ولا تقع للسنة ، إذ وقوعه كالمشروط بالتنصيف مع الاطلاق ، كلو صرح به (فى) بل واحدة فى الحال . لنا : ما مر « مسألة » (الغزالى) ولا بدعة فى حق المختلعة ، لقوله ﷺ فى امرأة ثابت بن قيس « خذ منها ما أعطتك » ولم يبحث هل هى حائض أم لا . لنا : عموم (فطلقوهن لعدتهن) ولم يفصل . وتركه للبحث اتكالا على الآية ، أو غير ذلك ، إذ عرف طهرها (الغزالى) ولا بدعة فى طلاق المولى منها ، لتضيق الطلاق وقت المطالبة . لنا : ما مر (الغزالى) فان قال: إن دخلت الدار فأنت كذا . فلا بدعة فيه ، ولو قاله حال الحيض إذ ليس واقعاً ، لكن العبرة بحال وقوع الشرط (فرع) (ى) إذا لم تكن البدعة إلا الواقع فى الحيض ، فلا بدعة ولا سنة فى الحامل والحائل لصغر أو كبر ، قلت : بناء على مذهبه أن الثلاث فى وقت واحد ليس بدعة .

فصل فى أحكام البدعى

« مسألة » هو طلاق محرم يأثم فاعله و إن وقع ، وله صور : الأولى إيقاعه فى الحيض، إذ خالف الآية . والخبر (عم) « فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها فتلك العدة » أو فى طهر قد جامعها فيه ، لهذا الخبر ، و إذ لا يؤمن علوقها (يه حص ك) أو يوقع أكثر من واحدة (ى ش) لا . لنا ما مر . (يه حص) أو فى طهر قد طلقها فى حيضته المتقدمة . قلت : أو وطئها فيها ، لمنعه ﷺ (عم)

(قوله) « فى امرأة ثابت بن قيس » سيأتى فى الخلع إن شاء الله تعالى .

من التطليق فى الطهر من الحيض الذى كان قد طلقها فيه . فان استنزلت منيه بيدها فاستدخلته فرجها ففى كونه كالوطء وجهان (ى) أصحهما : أنه فى معناه . وفى الدبر وجهان :الأصح أنه كالقبل .
«مسألة» (ز يه قين ك) والبدعى واقع ، لقوله ﷺ «مره فليراجعها » ولارجعة إلا عن طلاق . (صابا ن ابن علية هشام بن الحكم الامامية أبوعبيد بعض الظاهرية) لا ، لقوله ﷺ «كل بدعة ضلالة » وقوله ﷺ « البدعة شرك الشرك » فحكم ببطلانه . لنا : قال (عم) « يا رسول الله » أرأيت لو طلقت ثلاثا ؟ قال : عصيت ربك وأبنت امرأتك » والخبران محمولان على البدع الاعتقادية ، كالتشبيه والجبر ونحوهما ، دون المسائل الاجتهادية ، لتصويب المجتهدين ، أو سقوط الاثم . قالوا : قال : «لاتبتدعوا» ، والنهى للفساد . قلنا : لا نسلم لقوله ﷺ «عصيت ربك وأبنت امرأتك» قالوا : خالف المشروع فيبطل حكمه . قلنا : خصه الخبر «مسألة»(ى) فان قال لغير مدخولة أو آيسة : أنت طالق للسنة، وقع فى الحال، إذ لاسنة فى حقهن ، فاللام للتعليل ، كلسوادك . أو يكون المراد بالسنة انتفاء البدعة . قلت : وهذا أقرب . و يحتمل أن لا يقع ، إذ هو فى معنى الشرط ، فكأنه قال : إن وقع للسنة . لكن الأقرب كونه سنياً (ى) فإن قال : للبدعة لم يقع حتى تحيض، و يجامع غيرالمدخولة ، إذ هو كالشرط «مسألة» فإن قال : أنت طالق فى آخر جزء من الحيض أو من الطهر . فقيل : بدعى فيهما . وقيل : سنى (ى) والأصح : أن الأول بدعى ، والآخر سنى، حكما للجزء بحكم ما اتصل به « مسألة » (ه قين) ومن طلق بدعياً ، استحب له الرجعة واستئناف الطلاق للسنة ، لقوله ﷺ « مره فليراجعها» الخبر (ك) بل يجب لظاهر الأمر .قلنا: لا، كابتداء

(قوله) « كل بدعة ضلالة » تقدم مايتضمنه .

(قوله) « البدعة شرك الشرك » هكذا روى ،والظاهر أنه ليس من كلام النبى ﷺ .

(قوله) «قال ابن عمر يارسول الله أرأيت لو طلقت ثلاثا ؟ قال: عصيت ربك و أبنت امرأتك» حكى معنى ذلك فى اصول الأحكام والشفاء ، وعن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال إنه طلق امرأته ثلاثا، فسكت ابن عباس حتى ظننت أنه رادها إليه ثم قال : ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس ،يا ابن عباس وإن الله عز وجل قال (ومن يتق الله يجعل له مخرجا) فما اجد لك مخرجاً ، عصيت ربك وأبنت امرأتك اه وإن الله تعالى قال (ياأيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن) أخرجه أبو داود .

النكاح ، فالقياس قرينة كون الأمر للندب « مسألة » والرجعي : ما كان بعد وطء على غير عوض مال ، وليس ثالثا . والبائن ما خالفه .

فصل فى ألفاظ الطلاق

« مسألة » (ه قين) ولا يقع بمجرد النيـة ، بل لا بد من لفظ أو ما فى حكمه (عك) يقع بمجردها ، لقوله ﷺ « الأعمال بالنيات » قلنا : أراد لا حكم لعمل لم يقع بنية ، لا لمجرد النية ، لقوله ﷺ « رفع عن أمتى ما حدثت به أنفسها مالم تقل أو تفعل » « مسألة » وألفاظه : صريح وكناية . كما مر (ط) وصريحه : مادخله لفظه : كطالق مطلقة ، أنت الطلاق (م) المصدر كناية (ش) بل الصريح : ثلاثة الطلاق والسراح والفراق(ك) بل خمسة:طالق، مطلقة، خلية، بائن، أنت الطلاق (ح) الصريح مالا يحتمل غيره بأى لفظ وقع ، والكناية ما احتمله وغيره . قلت : وهو كالمذهب « مسألة » (أكثره قين) ولا يفتقر الصريح إلى النية ، لقوله تعـالى (الطلاق مرتان) ولم يفصل (اصان جم ك) بل يفتقر، لقوله تعالى (و إن عزموا الطلاق) قلنا : أراد حيث يفتقر ، لا الصريح لقوله ﷺ « ثلاث هزلهن جد » والطلاق فى الهزل غير مقصـود ولا منوى ، ولأنه إزالة ملك كالعتق ، أو حل عقد كالاقالة «مسألة»(ط) أنت الطلاق صريح، لقيام المصدر مقام الصفة كرجل عدل (م) بل كناية ، إذ هو مجاز « مسألة » (ه ش) أنت مطلقة : صريح (ح) كناية . قلنا : لا وجه له ، إذ هو : كأنت طالق « مسألة » (ه ح) سرحتك أو فارقتك : كناية(ش) بل صريح . قلنا : محتمل لغير الطلاق « مسألة » (ه) أنت مسرحة أو مفارقة : كناية (الاسفراييني البغداديون) صريح قولا واحداً (المسعودى) بل قولان « مسألة » (ق) ومعنى بهشتم بالفارسية : أرسلتك ، فهو كناية (م ط ث) فإن قال : بهشتم أيزنى ، أو إيزنى بهشتم . فصريح : كأنت طالق (الغزالى) توهشته فى الفارسية بمعنى : أنت طالق . ودست بازداشتم بمعنى : طلقتك . وازتوخدا كشتم ، بمعنى : فارقتك . وتركبسيلكردم بمعنى : سرحتك (فرع) (م ط) فمن عرف معنى ذلك وأطلقه وقع ، وله حكم ما هو بمعناه صريحاً أو كناية ، وكذا الفارسى بالعربية (ح الاصطخرى)

(قوله) « ثلاث هزلهن جد » لفظه عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والرجعة » أخرجه أبو داود والترمذى .

بل بهشتم برا ايزنى . كناية (محمد والصيرفى) إن كان فى حال الرضا ، أو جواباً لسؤال الطلاق ، فصريح و إلا فكناية . قلنا : المعمول على ماوضع له ، فإن اختص الطلاق فصريح و إلا فكناية «مسألة» (ع م ط ش) فإن نوى بالصريح غير الطلاق دين باطناً لا ظاهراً ، لقوله ﷺ «لا تحاسبوا العبد حساب الرب » و«اعملوا على الظاهر واتركوا الباطن » (ك) إن قاله حال الغضب لم يقبل صرفه لا ظاهراً ولا باطناً ، إذ الغضب قرينة قصده الطلاق . و إن كان فى حال الرضا ،ولا قرينة ، دين باطناً لا ظاهراً . قلنا : لاوجه للفرق مع احتمال اللفظ ، وهو أعرف بقصده ، لكنا نحكم بالظاهر الخبر (فرع) فإن صادقته على صرفه الصريح ، لم ينكر مقامها معه للاحتمال ،و إن أنكرت منعت ، وإن استفتى الزوج عن الواجب أفتى بالجواز فيما بينه و بين الله تعالى ، وهى تفتى بالامتناع إن لم تصدقه ، فإن قال : أنت طالق من وثاق . لم تطلق بأول اللفظ ، إذ معناه معقود بآخره . « مسألة » (ى ابن الصباغ الطبرى) فإن سئل الرجل : أطلقت امرأتك ؟ فقال : نعم . فكناية (نى) بل صريح ، إذ المعنى نعم طلقتها . قلت : وهو الأقرب (فرع) و إذا كان كناية ، وكان صادقاً وقع ، و إن لم يكن قد أوقعه وقع فى الحال باطناً لا ظاهراً . فإن سئل : أطلقت امرأتك ؟ فقال : قدكان بعض ذلك ، استفسر «مسألة» (هب نى) ولو قال : أنت طالق،لولا أبوك لطلقتك لم تطلق ، إذ هو حلف ، كقوله : والله لولا أبوك فإن حنث طلقت ، وقيل : تطلق ، إذ قوله : لولا أبوك ، مستأنف .

فصل

والكناية : ما احتمل الطلاق وغيره ، كأنت حرة ، خلية ، برية بتلة بتة . بائن حرام مقطوعة منقطعة . انطلقى . اخرجى . الزمى الطريق إلى بلدك . اجمعى ثيابك . تزوجى غيرى . اختارى لنفسك زوجاً . انفقى على نفسك . اذهبى . ابعدى اعتدى . استبرئى رحمك ذوقى . استفلحى حبلك على غاربك ، رفعت يدى عنك ، انصرفت عنك ، أنت الآن أعلم بشأنك وهبتك لأهلك (فرع) (ى هب ش) وتعتبر النية فيها ولاتكفى القرينة (ح) بل القرينة تلحقها بالصريح ، كقوله

(قوله) « لاتحاسبوا العبد حساب الرب ، واعملوا على الظاهر واتركوا الباطن » حكاه فى الانتصار . والله أعلم بصحته .

عند طلبها الطلاق : أنت بائن . قلت : وهو قريب، وقد حكاه(ى) عن (يه) واختاره . (مد) بل القرينة الحالية كافية ، و إن عدمت المبالغة . قلنا : إن كانت القرائن أمارة لحدوث النية فسلم ، وأما كون القرينة كافية فى تعيين معنى اللفظ من غير نية ، فغير مسلم «مسألة»(ابن القاص) وغيره من (صش) قول الزوج : أغناك الله ، كناية طلاق ، لقوله تعالى (وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته) (بعصش) لا ، كقوله (بارك الله فيك) (فرع) (الماسرجسى من صش) زوديني . كناية (الطبرى) لا ، كأطعميني (الاسفراييني) كلى واشربى . كناية لاحتماله كلى ألم الفراق ، واشربى كأسه (المروزى) لا . قلت : وهو الأقرب « مسألة » (هب ش ح مد) لست لى بامرأة ، كناية (ف) لا ، لاحتمال كونها سيئة الأدب . قلنا : ويحتمل الطلاق « مسألة » (ق صش) ولا . فى جواب ألك امرأة : كناية (ى) وغيره : لا . قلنا : محتمل « مسألة » (أحمد ح) فان قال : يا أختى يا بنتى ، لم يلزمه شيء ، إذ لا يحتمل الطلاق . فإن قال : هى أختى . فرق بينهما ولا يقبل رجوعه . كما سيأتى «مسألة» والتحريم صريح يمين ، وكناية طلاق أو ظهار على خلاف سيأتى (ق) فان قال : ما أحل الله للمسلمين فهو عليه حرام . دخل الطلاق إن نواه لاحتماله (هب قين) وأنا عليك حرام كناية طلاق ، إذ التحريم صفة لهما جميعاً (يه ح) وأنا منك طالق . ليس كناية ، إذ لا يوصف الرجل بأنه طالق (ش ك) بل يوصف به ، إذ هو بينونة فهو كناية قلنا : لم يوصف رجل بأنه طالق ، لغة ولا عرفا «مسألة» (٥ قين) وله نيته فى الكناية ظاهراً و باطناً لاحتمالها(ط) ويستحلف إذا اتهم ، إذ حلف رسول الله ﷺ ركانة لما طلقت ألبتـة وادعت عليه أنه أراد الثلاث .

فصل والـكناية الخ

(قوله) « إذ حلف ﷺ ركانة » الخ عن عبد الله بن على بن يزيد بن ركانة عن أبيه عن جده قال «أتيت النبى ﷺ فقلت يارسول الله إنى طلقت امرأتى ألبتة فقال: ماأردت بها؟ قلت واحدة قال آلله . فقلت : آلله . فقال : هو ما أردت» اخرجه الترمذى وأبو داود. وفى رواية لأبى داود «أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة ألبتة، فأخبر بذلك رسول الله ﷺ وقال : والله ماأردت إلا واحدة . فقال رسول الله ﷺ والله ما أردت إلا واحدة ، فقال والله ما أردت إلا واحدة فردها إليه رسول الله ﷺ . فطلقها الثانية فى زمان عمر، والثالثة فى زمان عثمان» اه وليس فيه أن امرأته ادعت عليه الثلاث ، كما فى الـكتاب والله أعلم.

« مسألة » (ه جميعاً) والكناية كالصريح ، فى انقسامها إلى رجعي و بائن ، إذ لم يفصل الدليل . (ش) بل الكناية كلها رجعية ، إلا أن يريد اثنتين أو ثلاثا فعلى مانوى ، لقوله ﷺ «الأعمال بالنيات » قلنا : اللفظ لا يقتضى العدد وضعا ولا عرفا ، فلاتصح نيته (ح) بل كلها بائنة ، إلا اعتدى واستبرى ، أو أنت‌واحدة فرجعية . إذ أصل الطلاق كلمة البينونة ، إلاماخصه الدليـل . ولم يخص إلا لفظ الطلاق ، لقوله تعالى (و بعولتهن أحق بردهن فى ذلك) ، وهـذه الثلاثة إذ لفظها لا يقتضى البينونة . قلنا : لانسلم ، بل الطلاق كله مشروع لقطع النكاح ، صريحه وكنايته ودليل صحة الرجعة لم يفصل إلا التثليث والخلع « مسألة » ولو نوى بالكناية البينونة لم تصر بائنة، إذ لاتأثير لها فيما لم يوضع له اللفظ ، ولم يوضع إلا لقطع النكاح لا البينونة (قين) بل له ما نوى ، فلو قال : أمرك بيدك . ونوى ثلاثاً فاختارت نفسها تثلث ، لتحليفه ﷺ ركانة ،ماأراد الثلاث فلولا صحة ذلك مااستحلفه . قلنا : حلفه ما أراد الطلاق ، إذ لفظه كناية « مسألة » اختلف فى بتحريم الزوجة الصحابة والتابعون و (ها ، ه) أما الصحابة (على زيد ره) يقع به التثليث (اعا عو) بل يمين لا طلاق (٢) طلقة رجعية (٣) ظهار (عو) فيه كفارة يمين وليس يمينا . وأما التابعون (مسروق أبوسلمة) لا شيء فيها (حماد) طلقة بائنة (عى هر) يمين ، وأما الفقهاء (ح) إن نوى الطلاق ، أو الظهار ، أو طلقة بائنة ، أو ثلاثا . فله نيته ، ووقع ما نوى . و إن نوى طلقتين لم يقع

(قوله) « يقع به الثلاث الذى » فى الجامع عن على عليه السلام مالفظه مالك بلغه أن على ابن أبى طالب كان يقول فى الرجل يقول لامرأته أنت‌على حرام أنهاثلاث تطليقات.أخرجه‌الموطأ

(قوله) «(ع) فيه كفارة يمين وليس يمينا» الذى فى الجامع عن ابن عباس انه قال «من حرم امرأته فليس بشىء وقرأ (لقد كان لـكم فى رسول الله أسوة حسنة) وفى رواية قال : إذا حرم الرجل امرأته فهى يمين يكفرها . وقال : (لقد كان لـكم فى رسول الله أسوة حسنة) » أخرجه البخارى ومسلم . وفى رواية النسائى«أتاه رجل‌فقال إنى جعلت‌امرأتى على‌حراما ، قال : كذبت ليست عليك بحرام ، ثم‌تلا(يا أيها النبى لم‌تحرم‌ما أحل‌الله لك) عليك أغلظ الـكفارة عتق رقبة.

(قوله) «لاشىء فيها» قال‌فى الانتصار مالفظه «وقال أبو سلمة بن‌عبدالرحمن‌ومسروق :لايجب فيها شىء . يعنى‌فى‌قوله : أنت على حرام . قال أبو سلمه لاأبالى‌أن أحرمها أوأحرم ما إليهن . قال مسروق : لا أبالى ان احرمها أو أحرم قطعه ابن يزيد . اه

إلا واحدة . وإن لم ينو شيئاً فايلاء . فان فاء في المدة كفر ، وإن لم يف حتى انقضت المدة بانت منه (ش) إن نوى الطلاق أو الظهار ، وهو أن ينوى تحريمها كتحريم ظهر أمه ، وقع مانوى . وإن نوى تحريم عينها ، أو وطئها ، أو فرجها فيمين ، وعنه لا شيء (مد) هو ظهار مطلقا (ك) فيها كفارة يمين وليست يمينا . وأما العترة (ع ط ى) صريح يمين كناية طلاق أو ظهار (قلت) وهو المذهب (ق) كناية طلاق ، وإلا ففيه كفارة ، وإن لم يكن يمينا . إذ اليمين عنده إنما هي بالله (ن) لا شيء فيها بل كذبة كذبها (لنا) لفظ محتمل للظهار والطلاق ، فيصح وضعه عليه وإلا فيمين لآية التحريم ، وقصتها مشهورة ، ولا دليل على سائر الأقوال (فرع) وإن حرم أمته

---

(١) [(قوله) «لآية التحريم» وقصتها مشهورة . حاصل مافي الصحيحين أن سببها أن النبي ﷺ شرب عسلا في بيت حفصة ، وقيل : في بيت زينب ، فغارت عائشة فقالت له هي وغيرها من نسائه : إنا نجد منك ريح المغافير ، هل أكلت مغافير ؟ فقال : لا ، ولكن شربت عسلا عند فلانة . فقلن له : جرست نحله العرفط ــ وكان يكره أن توجد منه الرائحة الكريهة ــ فحرمه على نفسه ، وأسر ذلك إلى بعض أزواجه فأخبرت به فآلى منهن ونزلت آية التحريم . والمغافير صمغ شجر يقال له : العرفط ، كريه الرائحة ، قد تجرسه النحل ، أى تأكله . وروى النسائي عن أنس أن رسول الله ﷺ كانت له جارية يطؤها ، فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه ، فأنزل الله تعالى : (يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك) الآية . وفي سنن الدارقطني عن ابن عباس عن عمر قال : « دخل رسول الله ﷺ بأم ولده مارية في بيت حفصة فوجدته حفصة معها ، فقالت له : تدخلها بيتي ؟ ما صنعت بي هذا من بين نسائك إلا من هواني عليك . فقال لها : لا تذكري هذا لعائشة ، فهي على حرام إن قربتها : فقالت حفصة : وكيف تحرم عليك وهي جاريتك ؟ فحلف لها لا يقربها . وقال النبي ﷺ لحفصة : لا تذكريه لأحد . فذكرته لعائشة فآلى أن لا يدخل على نسائه شهراً ، فاعتزلهن تسعاً وعشرين ليلة ، فأنزل الله تعالى : (لم تحرم ما أحل الله لك) الآية . قال : والحديث بطوله طويل . وذكر رواية أخرى عن ابن عباس قال : « وجدت حفصة رسول الله ﷺ مع أم إبراهيم في يوم عائشة فقالت : لأخبرنها . فقال رسول الله ﷺ : هي على حرام إن قربتها . فأخبرت عائشة بذلك ، فأعلم الله رسوله ذلك ، فعرف حفصة بعض ما قالت . قالت له من أخبرك ؟ قال : نبأني العليم الخبير . فآلى رسول الله ﷺ من نسائه =

---

(١) هذه القصة ساقطة من إحدى نسختي التخريج اللتين جرى الطبع عليهما .

ونوى العتق عتقت ، وإن نوى تحريم العين فكفارة يمين . وإن نوى الطلاق أو الظهار فلا شيء . وإن لم ينو شيئا فيمين لما مر . وإن قال لزوجته : أنت علي كالميتة ، ونوى الظهـار ، أو الطلاق ، وقع مانوى . وإن لم ينو تحريم العين فيمين . وإن لم ينو شيئا فلا شيء هنا ، إذ لم يصرح بلفظ التحريم « مسألة » فإن قال : كل ما أملكه فهو على حرام ، ونوى الطلاق أو الظهار أو العتاق أو مجموعها ، وقع مانوى ، حيث له زوجات وإماء . وإلا حنث بالانتفاع بشيء من ماله ، فيكفر عند من جعلها يميناً « مسألة » ومن حق النية المقارنة للفظ ، ولا يضر فاصل ضروري : كالسعال والعطاس ، وبلع الريق . فإن تأخرت عن اللفظ لم تصح ، وإن قارنت أول اللفظ دون آخره ، فوجهان (ى الاسفرايني) يصح كلو عزمت نية الصلاة فى أثنائها (المروزى) لا ، إذ قارنت بعضا لا يصلح للطلاق . (قلت) فإن قارنت آخر اللفظ دون أوله ، فالأقرب أنها لاتصح . لما ذكره المروزى « مسألة » ولا بد من إرادة إيقاع اللفظ فى الصريح والكناية . فلا يقع طلاق الساهى . ومن سبقه لسانه . ولا يعتبر قصد المعنى مع اللفظ إلا فى الكناية ليتميز .

= شهراً ، فأنزل الله تعالى . (إن تتوبا إلى الله فقد صغت قلوبكما) الآية . وفى التلخيص : «أن حفصة زارت أباها ذات يوم ، وكان يومها ، فجاء رسول ﷺ فلم يرها فى المنزل ، فأرسل لأمته مارية القبطية فأصاب منها» وذكر نحو ماتقدم ، ونسبه إلى البيهقى وغيره . وفى غير التلخيص عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال لها : « لا تخبرى عائشة . وقال لها : إن أباك وأباها سيملكان أو سيليان بعدى . فأخبرت به عائشة ، فأظهره الله عليه ، فعرف بعضه وأعرض عن بعض . قال : أعرض عن قوله : إن أباك وأباها سيملكان بعدى — كره رسول الله ﷺ أن ينتشر ذلك فى الناس فأعرض عنه — » وهذه الرواية ذكرها الدارقطنى أيضاً فى الوصايا من سننه . نعم . وفى مجمع الزوائد قصة طويلة نسبها إلى الطبرانى فى الأوسط من حديث ابن عباس عن عمر . وذكر فيه كلتا القصتين : قصة العسل ، وقصة مارية . وفيه أيضاً فى كتاب الخلافة عن ابن عباس فى قول الله عز وجل : (وإذ أسر النبي إلى بعض أزوا جه حديثاً) قال : دخلت حفصة على النبي ﷺ فى بيتها وهو يطأ مارية ، فقال لها رسول الله ﷺ : لا تخبرى عائشة ، حتى أبشرك ببشارة . إن أباك يلى من بعد أبى بكر إذا أنا مت . فذهبت حفصة فأخبرت عائشة » إلى آخر ماذكره . قال . وفيه إسماعيل بن عمرو البجلى وهو ضعيف ، وقد وثقه ابن حبان . والضحاك بن مزاحم لم يسمع من ابن عباس . وبقية رجاله ثقات]

فصل في الطلاق بالفعل

«مسألة» (يه ح لش) ويصح بالكتابة لقيامها مقام اللفظ ، لاشتراكهما في المواضعة (لش) لا . حتى ينطق بما كتب ، كما لاتجزىء إشارة القادر على النطق . قلنا : أجراها ﷺ مجرى الخطاب إذ كان يكتب إلى من بعد عنه ، ويوجب امتثاله كخطابه . ثم هي حروف مترتبة منظومة فأشبه الكلام بخلاف الإشارة (لش) تصح الكتابة في حق الغائب للعادة لا الحاضر . وكإشارة الناطق قلنا : بل هي كالخطاب لما مر (فرع) (يه ح ى لش) وهي كناية لاصريح لاحتمالها الحكاية وتجويد الخط . فاعتبرت النية (صاحب التلخيص) من (صش) العبرة بالمكتوب ، إن كان صريحا فصريح ، وإلا فكناية قلنا : كتابة الصريح محتملة كما مر (مد ص) بل هي صريح فلا تعتبر النية مطلقا . لنا ما مر (فرع) (أيه لش) والنية معها كافية (لش) بل لا بد من النطق مع النية . قلنا : بناء على أنها لا تفيد ، وقد أبطلناه (فرع) فإن كتب الطلاق مطلقاً طلقت في الحال . وإن قيد بوصول الكتاب تقيد . فإن وصلها وقد انطمس حتى لايفهم فلا طلاق . إذ وصول القرطاس غير مقصود . فإن انمحى بعضه فالعبرة ببقاء المقصود ، وهي الجملة المفيدة للطلاق . ويحتمل أن لايقع . إذ قوله . كتابي يعم جميعه . فإن قال : متى قرأت كتابي ، لم يقع حتى تقرأه فإن كانت قارئة لم يقع بقراءة غيرها عليها . والأمية يقع بقراءة غيرها عليها . إذ القصد العلم (بعصش) لا ، إلا بقراءتها بنفسها ، ولا وجه له . فإن قال : إذا وصلك كتابي هذا فأنت كذا ، إذا وصلك طلاقي فأنت كذا ، وقع اثنتان بوصول الكتاب تاما عند من يقول بتواليه « مسألة » فإن كتب أنت طالق ، ثم استمد بالقلم مداداً فكتب ثانيا : إذا وصلك كتابي . فإن استمد لانقطاع المداد لم يقع الطلاق حتى يصل الكتاب ، إذ استمداده كعروض السعال بين الطلاق والشرط . وإن استمد لحاجة أخرى وقع في الحال . كلو طلق وسكت لغير حاجة ثم شرط « مسألة » ولا تؤثر الكتابة إلا حيث ترتسم ، كفي اللوح والحجر ولو وقراً ، أو في التراب ، وإن لم ترتسم فلا حكم لها ، كفي الماء والهواء والحجر بلا ارتسام . وكالارتسام لحرف موضع الأحرف من القرطاس . إذ هو كالوقر في الحجر ، وفي الكتابة بالتراب أو الدقيق . وجهان : يقع كالمرتسم . ولا ، إذ تمحى بالرياح فأشبه غير المرتسم . قلت : أما الطابع فوضعه ممن لايعرف الكتابة . لا يوجب طلاقاً . إذ ليس بناطق ولا كاتب ولا مشير . فإن عرف أن وضعه يؤثر كناية الطلاق ، فوضعه بنيته احتمل أن

يكون كالإشارة من الأخرس . فان قال : إن وصلك نصف كتابى ، فأنت كذا ، فوصلها الكل فوجهان : تطلق ، إذ قد وصل النصف . ولا ، إذ جعل مجىء النصف وحده شرطا . والأول أصح « مسألة » ولا يثبت حكم الكتاب إلا بشهادة كاملة على أنه كتبه ، أو أقر بكتابته ، ولا يحكم بشهادتهما أنه خطه ، أو إقراره . إلا أن يشير إلى الكتاب ، ويقر بالنية . فان علما ضرورة أنه خطه جازت الشهادة والحكم ، وإن لم يشاهداه يكتب . إذ القصد بالمشاهدة حصول العلم .

فصل فى الاشارة

« مسألة » (ه ها) ويصح طلاق الأخرس والمصمت بالإشارة المفهمة للضرورة (أكثر صش) ولا يصح من القادر على النطق . إذ لا ضرورة ، ولا تشبه الكلام ، إذ ليست حروفا مرتبة ، بخلاف الكتابة (محمد الطبرى ى هب) بل يصح منه لإفهامها كالكتابة . قلنا : ضعف شبهها بالكلام . فلم يجعل لها حكمه إلا لضرورة *

فصل فى تولية الطلاق

الأصل فيه أنه ﷺ خير نساءه بعد نزول قوله تعالى (قل لأزواجك) — الآية « مسألة » وهو ضربان : تمليك ، وتوكيل . فالتمليك صريح وكناية ، فالصريح أن يملكه مصرحاً بلفظه أو بأمرها أو غيرها به ، مع إن شئت ، أو إذا شئت ، ونحوه . وكنايته أمرك أو أمرها إليك أو اختارينى أو نفسك ، فيقع واحدة بالطلاق أو الاختيار فى المجلس قبل الاعراض . إلا المشروط بغير إن ، ففيه وبعده كما سيأتى تفصيله « مسألة » (ع عم عو ع) ثم (ه قين) من قال لزوجته اختارى فاختارت زوجها لم تطلق . إذ خير رسول الله ﷺ نساءه فاخترنه ﷺ فلم يطلقن (على زيد) ثم (بص

فصل فى تولية الطلاق

(قوله) « الأصل فيه أنه ﷺ خير نساءه » الخ ، تقدم .

(قوله) « إذ خير نساءه » الخ . عن مسروق قال « ما أبالى أخيرت امرأتى واحدة أو مائة أو ألفا بعد أن تختارنى ، ولقد سألت عائشة فقالت : خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه ، أفكان ذلك طلاقا ؟ » وفى رواية أنها قالت « خيرنا رسول الله ﷺ فاخترناه فلم يعد ذلك علينا شيئاً » أخرجه البخارى ومسلم وأخرج الثانية أبو داود والترمذى وأخرج البخارى نحو المسند من الأولى

عه) بل تطلق إذ قد جمعهما العقد فاختيارها إياه كاختيارها نفسها. قلنا: الرواية الصحيحةعن على رضى الله عنه كقولنا : والحجة عليه أظهر (فرع) ومن صيغ التخيير : أمرك اليك فاختارى . أو لغيره : جعلت أمرها إليك ، أو بيدك ، فيكون تمليكا فان قال : أمرك بيدك إن شئت . أو متى شئت ، أو إذا شئت . فتمليك لها أيضاً. وكذا : طلاقك موكول إلى خيرتك أو مشيئتك « مسألة » (٥ قين) وهذه الصيغ كلها كناية تمليك ، يعتبر فيها النية لاحتمالها الطلاق وغـيره . (ك) : اختارى وأمرك إليك صريح . قلنا : محتمل لغيره « مسـأله » (٥ حص) وقولهـا : اخترت نفسى صريح . فلا تعتبر النية (شص) بل كناية لاحتماله . قلنا :لا نسلم الاحتمال (فرع) ولا بد من ذكر النفس فى لفظهما أو أحدهما ، و إلا بقى متردداً . فإن قال : اختـارى نفسك ، فقالت : اخترت الأزواج فوجهان (ى المروزى) أصحهما وقوع الطلاق ، إذ لا تحل للأزواج إلا بعد فراقه . وقيل : لا ، إذ هو من جملتهم ، فكأنها اختارته . فإن قال : أمرك بيدك ، ونوى به الطلاق ، فوجهان (ى) أصحهما لا يقع إلا بعد اختيارها ، إذ هو تمليك لها ، فلا يقع إلا بقبولها . وقيل : يقع قبل اختيارها كقوله حبلك على غاربك . قلت : وهو قريب « مسـألة » (٥ قين) و يعتبر فى التمليك اختيارها نفسهـا فى المجلس ، إذ هو كالقبول (قو من ها) لا يعتبر إذ هو توكيل لا تمليك ، كطلقى نفسك . قلنـا : تفويض الأمر إلى اختيارها تمليك ، كقوله : طلقى نفسك إن شئت . فان حذف هذا الشرط فتوكيل ، إذ لم يكله إلى اختيارها (فرع) (هب ط) ولها المجلس فقط و إن طال ، ما لم يعرض لقول (٣٢ عوحا مدعم) لها الخيار ما دامت فى مجلسها ولا مخالف لهم (ش) إن طال وقوفهـا ولو دون يوم ، ولم تختر بطل ، إذ يكون إعراضاً (ى) الأقرب أن الخلاف فيما يعد إعراضا لا فى اعتبار المجلس (فرع)و يبطل بفعل ما يعد إعراضا كأن يبدأ صلاة ، أو قراءة أو شغلا . ولو لمنفعة ، أو دفع مضرة ، فان كانت قائمـة فقعدت ، أو أتمت تسبيحا ، أو قراءة يسيرين (ط ح) لم يعد إعراضـا (ح) فان سكتت سكوتا طويلا أو قصيراً فإعراض (ى) فيه نظر ، إذ يحتمل القصير التروى دون الطويل « مسألة » (ط ع) ولو قال لغيره :طلق امرأتى إن شئت ، أو جعلت أمرها إليك، فتمليك يعتبر القبول فى المجلس (ط ع ح) وليس له الرجوع قبل قبوله كالمشروط ، و إذ الطلاق لا يلحقه الفسخ بعد وقوعه ، فلا يجوز إبطال مقيده (ى ن ش) يصح إذ هو عقد تمليك . كلو قالت : طلقنى على ألف ، ثم رجعت

قيل قبوله . قلت : وهو قوى « مسألة » (م ط ى) فان قال : اختارى فقالت : أنا أختار نفسى فكناية لاحتمال سأختار (حص) بل صريح استحسانا ، وفى القياس كناية « مسألة » و إذا شئت ومتى شئت ، تمليك لإضافتها إلى اختيارها(ط ح) لكن لها المجلس وغيره لعموم ، هذين الظرفين إذ التقدير : أى وقت شئت ؛ بخلاف إن شئت ، فللمجلس فقط ، إذ ليس بظرف . فلا عموم « مسألة » فان قال : أمرك بيدك ، فقالت : اكسنى ، كان إعراضا ، فيبطل خيارها « مسألة » (م هب) وأمرك إليك كناية تمليك فيقبل قوله : أردت التوكيل ، فيكون توكيلا (قين ك)بل صريح فلا يقبل . قلنا: محتمل فقبل تفسيره (فرع) (ه ش) فان قالت : اخترت نفسى ، ونوت الطلاق فهو رجعى . إذ تجرد عن العوض وليس بثلاث (قين) فان نوى بقوله : أمرك بيدك ثلاثا ، فثلاث . إذ فوض الطلاق إليها،فان نوى نصابه ؛ وقع ؛ بخلاف قوله : اختارى ، فلم يفوضها الا فى الاختيار . وهو يقع بواحدة فلا يصح به التثليث . قلنا . النية لا تؤثر فى العدد ، إذ لايتضمنه اللفظ « مسألة » التفويض تمليك ، فيعتبر فيه ما مر (قش) لا ، بل كل صيغة توكيل . لنا ما مر «مسألة» والتوكيل صريح كوكلتك ، أوأن يأمر به أمراً مطلقا . كطلقى نفسك. طلقها . وكنايته ككناية التمليك ، فلا يعتبر المجلس ، و يصح الرجوع قبل الفعل، ومطلقة لواحدة على غير عوض . و يصح تقييده وتوقيته « مسألة » (ى) ولو قال : طلقى نفسك ثلاثا فقالت طلقت ، ولم تنو التثليث فوجوه ثلاثا ، لقرينة السؤال ، وواحدة اعتبارا بلفظها . ولا يقع شىء لمخالفتها الأمر . فان قال طلقى نفسك ونوى ثلاثا ، فطلقت ونوتها فثلاث عند من يقول به لمطابقة مانوى . فإن لم تنو هى الثلاث.فوجهان :تثلث اعتباراً بنية الزوج ، ولا، اعتباراً بلفظها. فان قال : طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة ، وقعت الواحدة اتفاقا : اذ الأذن بالثلاث اذن بها قلت : فيه نظر. فان أمرها بواحدة فثلثت (ش) وقعت واحدة . اذ الزيادة عليها لا تبطل الاذن بها (ح) بل لايقع شىء لمخالفتها (ى) والفرق بين المخالفة بالزيادة والنقصان يدق وذكر فرقا غير معجب . ولعل الفرق أنها حيث نقصت لا يمكنها الامتثال بدون مافعلت ، فقد انتظمه الأمر بالأكثر ، وفى الزيادة يمكنها الامتثال بدونها فلم يمكنها ، فكأنها فعلت مالم تؤمر به .

فصل فيمن يصح طلاقه ومن لا

إنما يصح من مكلف مختار ، فيصح من المريض والكافر والعبد إجماعا ، لقوله ﷺ « الطلاق لمن لزم بالساق » وكذلك من نسي كونها زوجته ، لذلك . « مسألة » (ه قين) ولا يصح من الصبي ، إذ رفع القلم عنه فلاحكم لعقوده (عمد) يصح لعموم قوله ﷺ « الطلاق لمن لزم بالساق » ولم يفصل . قلنا : أراد المكلف ، جمعا بين الأخبار . « مسألة » ولا يصح من مجنون لا يعقل اتفاقا (هب) ولا المعتوه ، لقوله ﷺ « إلا طلاق المعتوه والصبي » وأما المبنج فان كان لضرورة بغير اختيار فكالمجنون ، و إلا فكالسكران ، وسيأتى حكمه . وأما من تغير عقله ولم يزل كالمتحشش وشارب المزر ، فيقع طلاقه وعقوده لبقاء عقله . « مسألة » ولا يصح من غير الزوج ولو أبا عن ابنه الصغير ، إلا عن (بص وطا) ، ولا السيد عن عبده إلا عن (ع) لنا قوله ﷺ « لمن لزم بالساق » « مسألة » (زصايه ن م ش) . ولا يصح الطلاق قبل النكاح ، لقوله ﷺ « لا طلاق قبل النكاح » وكالاقالة قبل البيع ، إذ هو حل عقد (حص) إن أضاف إلى ملكه

فصل فيمن يصح طلاقه

(قوله) « الطلاق لمن لزم بالساق » قال فى التلخيص : حديث الطلاق لمن أخذ بالساق » ابن ماجه عن ابن عباس بلفظ « إنما الطلاق » وفيه قصة وفى إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف . ولفظه فى الشفاء عن عكرمة أن رجلا زوج عبدا له ثم خاصمه إلى النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ : الطلاق لمن أخذ بالساق . اه

(قوله) « إلا طلاق المعتوه والصبي » عن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله » أخرجه الترمذي . وعن على عليه السلام قال « كل طلاق جائز إلا طلاق المعتوه والمكره » وقال : ألم تعلم أن القلم رفع عن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يدرك ، وعن النائم حتى يستيقظ » أخرجه البخاري فى ترجمة باب ، ولم أقف على اللفظ المذكور فى الكتاب فى الجامع والله أعلم .

(قوله) « لا طلاق قبل النكاح » حكاه فى الانتصار ، ولفظه فى الجامع « عن ابن عباس قال : جعل الله الطلاق بعد النكاح » أخرجه البخاري فى ترجمة باب هكذا موقوفاً . وفى التلخيص « حديث لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » هذا الحديث أخرجه الحاكم فى المستدرك ، وصححه من حديث جابر .

ككل امرأة أنكحها ، أو إذا تزوجت فلانة فهي كذا، صح، كالطلاق المشروط . قلنا : من لا يملك المطلق لا يملك المشروط للخبر (ك ني) إن عين المرأة أو القبيلة وقع متى نكحها . لنا ما مر . «مسألة» (على ع عم) ثم (بص هر خمي يب هد الضحاك سليمان بن بشار) ، ثم (ن هـ م حص ك قش) ويقع من السكران ، إذ لم تفصل الأدلة وهي (الطلاق مرتان) ونحوها . ولقوله تعالى (لاتقربوا الصلاة وأنتم سكارى) فخاطبهم حال السكر تقتضي تكليفهم (٣ جابر بن زيد عن ع) ثم (طاءه و والبتي ك ني مه القاسم بن محمد) ثم (ن أحمد ط جع للق الكرخي الطحاوي د) لايقع لزوال عقله كالصبي والمجنون (ى) . إن صيّره السكر لايفرق بين السماء والأرض ، بل كالنائم والمغمى عليه ، لم يصح طلاقه اتفاقاً ، وإن صيره نشطاً طرباً لم يضع من عقله شيء ، صح اتفاقا ، وإن كان بين هاتين الحالتين بحيث لم يضع أكثر عقله فهو محل الخلاف . قال : والأصح جواز عقوده لتمييزه . (فرع) واختلف في علة تصحيح طلاقه، فقيل المعصية تغليظاً عليه ، فعلى هذا ينفذ مافيه عليه خسر كالطلاق والعتق والهبة ، لا مافيه نفع كالنكاح والرجعة . وقيل لأن زوال عقله إنما يعلم من جهته، فلا يقبل قوله في زواله لفسقه ، فيقع ظاهراً لاباطناً . « مسألة » ولا يقع من النائم إجماعاً لرفع القلم عنه . « مسألة » والإكراه ضربان : إلجاء ، وهو من بلغ به داعي الحاجة إلى الفعل حداً لايقابله صارف ، كمن جرد عليه السيف ، أو أججت له نار لايمكنه دفعهما إلا بفعل ما أمر به . والثاني إكراه ، لا إلجاء . وهو ما أزال الاختيار ، كالتوعد بالضرب المبرح ، والتخليد في الحبس ونحو ذلك . (فرع) (على ٢ ع عم ابن الزبير) ثم (بص طاهد و وشريح عي لح) ثم (يه ن م ك ش) ولا يقع طلاق المكره بأي الضربين لقوله تعالى (لا إكراه في الدين) أي لا حكم لفعل المكره إلا ماخصه دليل ، إذ الإكراه على الدين واقع (خعي يب ث عمر بن عبد العزيز) ثم (حص) بل يصح طلاقه مطلقا، لقوله ﷺ «ثلاث هزلهن جد» الخبر، وقوله ﷺ « كل طلاق واقع إلا طلاق المعتوه والصبي» . قلنا : معارض بقوله ﷺ «وما استكرهوا عليه» . قلت : وقوله « لاطلاق في إغلاق » وهو المنع ، ثم إن المكره ليس هازلا . ثم الخبر الثاني يقتضي صحة

(قوله) « ثلاث هزلهن جد » تقدم .

(قوله) « كل طلاق واقع » الخ تقدم الكلام عليه .

(قوله) «لاطلاق في إغلاق» لفظه في الجامع «عن صفية بنت شبة قالت : سمعت عائشة تقول

طلاق النائم فيبطل الأخذ بظاهرها . « مسألة » ، و يصح إكراه الحربى على الاسلام ، وفى الذمى تردد (ى) ، الأصح جواز ذلك . قلت : وفيه نظر . و إكراه المرأة على الرضاع لا يبطل ثبوت حكمه فى التحريم . والإكراه على القتل لا يبيحه ، فيلزمه القصاص كما سيأتى . ولا يبيح الزنا ،لكن يسقط الحد على خلاف سيأتى . فان حلف من دخول الدار بطلاق امرأته فأكره على الدخول حنث به ، ولم يبطل الإكراه الحنث ، إذ قد وقع الشرط . «مسألة» و يصير مكرهاً بوعيد القادر بضرر ظاهر كقتل أو ضرب مؤلم ، أو حبس طويل ، أو إتلاف حال مجحف ، أو قتل ولد له أو صفع من له رئاسة فى الملأ ، أو جر برجله فى السوق ، أو نحو ذلك . ولا خلاف فى القتل والجرح المفضى إليه واختلف فيما دونه. الأصح : أنه إكراه لرفعه الاختيار . « مسألة » و يصح طلاق الهازل للخبر (عش) لايحكم بنكاحه . قلنا : مخالف للنص ، و يصح بيعه وشراه قياساً على ذلك، فلا وجه لتردده (بعض ها) فيما عدا الثلاثة المنصوصة . «مسألة» ولا يقع ممن سبقه لسانه كمن اسم امرأته طارق، فقلب الراء لاماً فى ندائه من غير قصد . ولا يقبل قوله إلا مع مثل هذه القرينة ، فان كان اسم امرأته طالقا وعبده حراً قبل قوله (ى) ، وحيث لا نية له وقع ظاهراً لا باطنا .قلت: الأقرب لا يقع ، إذ صار لتردده كالكناية . «مسألة» ولو طلق امرأة ظاناً أنها غير زوجته طلقت ،إذ الحكم للاشارة (الغزالى) لا ، إذ ظنه لذلك يرفع قصده رفع النكاح . قلنا : هذا القصد غير معتبر فى الصريح .

فصل فى سراية الطلاق

«مسألة» إن قال : بعضك طالق ، أو جزء منك ، أو شىء منك ، طلقت إجماعا، إذ لا تخصص لجزء دون جزء . (فرع) (ه ش) ، فان عين بعضا كالشعر والظفر والرأس واليد والكبد والرئة . قلت : والعظم، طلقت أيضا،إذ لا يتبعض تحريمها ، وكغير المعين (ح) لا يقع ،إذ المعين كالمنفصل ، فأشبه الدم والصوت قلنا : متصل فأشبه غير المعين (هب قين) ، فان أضاف إلى منفصل كالعرق واللبن والبول والريق والدمع والمنى لم يقع ، وعن قوم يقع. قلنا: منفصلة فأشبهت الظل والمكان. فان قال: حسنك طالق ، أوجمالك، أو لونك ،أو بياضك لم يقع ،إذ هى صفات ،فليست جزأمنها (قضى) والصوت كالمنفصل (بعض أصحابنا) وكذلك الحياة والروح (ى) بل هما كالمتصل ،

---

(١) ... لا طلاق ولا عتاق فى إغلاق» أخرجه أبو داود . وقال : الإغلاق : الغضب . وعن ابن عباس ... الذى ... للمكره ولا للمضطر طلاق» أخرجه البخارى فى ترجمة باب ... ذلك أسانيد ...

إذ هما قوام الإنسان وأصلاه. قلت: والأول أولى، فإن قال: ذكرك أو لحيتك طالق، لم تطلق إجماعاً، إذ لم يقع على شيء منها. وكذا لو قال يمينك وهي مقطوعة، أو عينك وهي مقلوعة، فإن قال إن دخلت الدار فيمينك طالق، فقطعت ثم دخلت فوجهان: (ى) أصحهما لا تطلق، إذ سرايته مشروطة بالاتصال عند وقوعه، ولا اتصال. وقيل: يقع إذ البعض عبارة عن الكل. قلنا: لا نسلم. وفي الشحم والدم تردد. قيل: هما كاللبن، إذ هما مائعان منفصلان وقيل كاللحم إذ هما قوام الإنسان (ى) الشحم كاللحم. إذ يقال: لحم سمين، والدم كاللبن لانفصاله. قلت: وهو الأصح. فإن قطعت الأذن ثم التحمت ثم طلقت فوجهان: (ى) أصحهما الطلاق، إذ صارت كالمتصلة من الأصل

فصل في محل الطلاق

« مسألة » (الأكثر) محله الزوجة لا الزوج، وعن بعض (هـا) هما جميعاً، إذ عقد النكاح متناول له كالزوجة، والإيقاع إليه إجماعاً، إذ لم يضف إليها في حال، بل إلى الرجال في قوله تعالى: (إذا طلقتم النساء) وغيرها، وإنما اختلفوا في مسائل « مسألة » (ه حص) وإذا قال: أنا منك طالق لم يقع لما مر (ش ك) يقع، إذ نكاحها متلبس بالزوج، بدليل تحريم نكاح اختها وأربع غيرها، فأشبه تحريمها على غيره. لنا ما مر (فرع) (ه قين) فان قال: أبنت نفسي منك، أو أنا خلي، أو بري منك، ونوى الطلاق وقع، لصحة اتصافه بذلك، بخلاف الطلاق. وكذا: أنا عليك حرام. لما مر «مسألة» (دفو) وصريح الظهار كناية في الطلاق كالتحريم (ح ش) كان صريح طلاق في الجاهلية فنسخ فلا يقع به الطلاق في الإسلام. قلنا: نسخ كونه صريحا فقط (فرع) وقول (هـ) إن نوى به الظهار كان ظهاراً يقتضي أن الصريح يفتقر إلى النية، فخرج (م) منه أن الصريح يفتقر إليها (ط) إنما ذكره توسعا وتسامحا، إذ الصريح لا يفتقر «مسألة» (هب ح) وكنايات الظهار كنايات طلاق أيضاً لما مر « مسألة » (هـ قش) فان قال: عليه الطلاق، أو يلزمه الطلاق فكناية (ى قش) لا، كأنا منك طالق. قلت: لا نسلم، بل، كأوقعت الطلاق «مسألة» (ه الغزالي عن الطبري) ولا يشترط في الكناية إضافتها إلى الزوجة (بعصش) بل يشترط. قلنا: لا دليل.

فصل في كسر الطلاق

« مسألة » (ه قين) كسر الطلاق يتمم، فلو قال: نصف طلقة أو ربعها أو عشرها وقعت

كاملة ، كما يسرى من البعض إلى الكل (دعـه) لايسرى ولا يتيمم كسره بل يلغو حينئذ . قلنـا : لم تفصل الأدلة بين بعضه وكله فى أنه واقع ، لعموم (فطلقوهن) ومن أوقع بعض طلقة فقد طلق (فرع) فلو قال نصفى طلقة وقعت واحدة ، وقيل بل اثنتان إذ النصف عبارة عن طلقة فان قال : خمسة أرباع طلقة كان الربع لغواً . فان قال نصفا تطليقتين أو خمسة أرباعهما وقع اثنتان عند من قال بتواليه ، أوثلاثة أنصاف ثلاث . ثلاث : فان قال لامرأتيه بينكما طلقة ونصف . وقع على كل واحدة اثنتان . فان قال : بينكما خمس تثلث عليهما إذ طلقتان ونصف يكون ثلاثا فإن قال الثلاث : بينكن ثلاث وقع على كل واحدة، منهن واحدة وكذا لوقال لأربع : بينكن طلقة أو ثنتان أو ثلاث أو أربع ، وقع على كل واحدة واحدة . فان قال : خمس ، تثنى عليهن إلى ثمان . فان قال : تسع تثلث ولو قال لثلاث عليكن سدس طلقة وربع طلقة وثلث طلقة ، تثلث على كل واحدة (بعصش) لا ، إلا واحدة ، كلو قال : عليكن ثلاث تطليقات . قلنا : هذا كقوله بينكن ثلاث بخلاف الأجزاء المذكورة . قلت : وفيه نظر . فان قال عليك ثلاث أنصاف طلقة لم يقع إلا واحدة فى الأصح ، ويلغو النصف الثانى ، وقيل : بل اثنتان ، كمليك طلقة ونصف . وكذا الخلاف فى خمسة أرباع طلقة ونحوه . فان قال : سدس وثلث طلقة ، فاثنتان فى الأصح ، إذ تكرير طلقة أمارة كون الجزأين من ثنتين . فان قال لثلاث : بينكن طلقة ، ثم قال للرابعة أشركتك معهن ، فإن لم ينو بالتشريك الطلاق فلاشىء ، إذ هو كناية ، فان نواه ولم ينو كيفية التشريك (القفال) وقع عليها اثنتان ، إذ التشريك أن يقع عليها نصف مالهن ، ولهن ثلاث فنصفها طلقة ونصف (الطبرى) بل واحدة ، إذ لايلزم من الاشتراك مساواة الشريكين، بل الأقل وهو ها هنا واحدة « مسألة » و إذا كانت الأعداد جبورا قسمت كما هى ، فإن قال لثلاث بينكن ثلاث ، وقع على كل واحدة واحدة ، و إن كانت كلها كسورا فكل كسر واحدة ، فحيث قال : بينكن أو بينكما طلقة يقع واحدة واحدة. فان قال: ونصف. تثنى عند من يراه وكذا ما أشبهه. فإن قال جبورا وكسوراً كقوله لاثنتين : عليكما طلقتان ونصف فكذلك . قلت : فيثنى على كل واحدة قياسا على ما مر « مسألة » وفى كون طلاق البعض واقعا بالسراية كالعتق ، أو طلاق البعض على الكل وجهان (ى) أصحهما الثانى . قلت : بل الأول كما مر له فى مقطوعة اليمين « مسألة » فان أوقع ستاً على ثلاث ، تثنى على كل واحدة . فإن قال : أراد لاشىء على فلانة ، ولفلانة اثنتان ، ولفلانة واحدة .

فأقوال يقبل بكل حال لاحتماله ، ولا ، لكل حال ، إذ يخالف الاشتراك المنصوص . الثالث يقبل توزيعه ، لا لإخراج إحداهن ، إذ التخصيص بالنية لا يرفع التنصيص . الرابع . يقبل التوزيع والإخراج ما لم ينمطلن جميعا عن الطلاق (ى) والأول أصح لاحتماله .

فصل فى الطلاق الملتبس

« مسألة » من شك هل طلق امرأته أم لا ، فلا حكم لشكه إجماعا ، إذ الأصل البقاء (فرع) (ه ح ش محمد مد) فأن تيقن الطلاق وشك فى العدد بنى على الأقل إذ الأصل عدم الزيادة (ك ف) بل على الأكثر ، إذ هو الاحوط . قلنا : هو حسن لكن كلامنا فى الواجب « مسألة » فإذا التبست المطلقة لجهل أو نسيان بعد تعيينها أوجب اعتزال الجميع ، لتيقن التحريم فى واحدة منهن ، و يقبل قوله إنها هذه ، إذ هو أعرف بضميره ، فتعتد من يوم الطلاق لا من يوم التعيين ، ولا حكم لتكذيب المعينة ، إذ القول له . فإن قال بعد تعيينه واحدة . بل هى هذه ، طلقتا : الأولى بالتعيين ، والثانية بالإقرار ، إذ لا يصح الرجوع عن الطلاق فإن قال : هي هذه ، لا بل هذه ، لا بل هذه ، طلقن جميعاً « مسألة » (ع) ثم (تضى ع مد) فإن قال امرأتى أو زوجتى طالق ، وله ثلاث ولا نية له ، طلقن جميعاً ، لعموم اللفظ بالإضافة ، بخلاف إحداكن (م ى قين ك) لا ، إلا واحدة ، إذ ليس للفظ عموم ، وصلاحية اللفظ لكل واحدة لا يثبت به العموم ، كرجل وفرس وإذ لا يصح الاستثناء هنا . قلت : وهو قوى « مسألة » (يه ن م ش ك فرلى) ولو قال: يا زينب فأجابته عمرة ، فقال : أنت طالق ، طلقت المنوية لا المجيبة ، إذ لكل امرىء ما نوى (ح) بل المجيبة ، إذ الخطاب لها والخطاب كالإشارة . قلنا : لا نسلم ، سلمنا فالنية أقوى ، إذ هى مؤثرة فى القول والفعل ، وقرينة النداء صارفة عن الخطاب « مسألة » (ه قين) فإذا أوقعه على غير معينة فى نيته كإحداكن كذا ، وقع على واحدة لا بعينها (ك) بل على جميعهن ، إذ لا اختصاص قلنا : ليس بعام لفظا ولا معنى (فرع) (يه الشعبى) ولا يتعلق فى الذمة ، بل يقع على واحدة لا بعينها فليس له صرفه إلى من يشاء (م وتخريجه قين) بل المبهم فى الذمة غير واقع ، فله تعيين من شاء لجواز وتوقفه على الخطر[1] والشرط ، فجاز ثبوته فى الذمة كالعتق . قلت : حل عقد فلا يثبت فى الذمة كفسخ البيع ، ولفظ يوجب الفرقة فلا يثبت فى الذمة كالنفى بالطلاق (فرع) (لهم) وإذا ثبت فى الذمة اعتزلهن حتى يعين لتيقن التحريم فى إحداهن . قلنا : ثبوته فى الذمة [illegible]

---

(١) المراد بالخطر ما يتردد فى حصوله كقدوم الحاج [illegible] والشرط [illegible]

أن لا تحريم فى أيهن فإيجاب الاعتزال يقوى قولنا : و يلزمه تمييز المطلقة لتصل غيرها إلى حقها . وله تعيين من شاء لتعلقه بذمته ، بخلاف ما لو أوقعه على معينة ، فالتبست ، ومتى قال : هذه لم أطلقها تعين فى الأخرى ، فإن قال : عينت هذه ، لا بل هذه ، طلقت الأولى لا الثانية ، بخلاف الملتبسة لما مر. ومن وطئها لم يكن له تعيينها ، كوطء الأمة المبيعة فى مدة الخيار . وقيل : بل له تعيينها ، كلو طلق معينة ثم جهلها (بعصش مد) لا تعيين بقول ولا وطء بل القرعة (ى) الوطء أدخل فى الاختيار . (فرع) (لهم الحنفية ابن أبى هريرة من صش) ويقع من حين التعيين إذ لم يقع إلا به بدليل أن له تعيين من شاء (بعصش) بل من وقت الإيقاع ، إذ لولاه لما وقع شىء ، ولا أثر للتعيين بل هو كاشف ، وقيل من حين الإيقاع ولكن العدة من عند الوقوع (ى) والأول أصح لما مر (فرع) وعلى قولنا يلزمه اعتزالهن جميعا لتيقن التحريم ، ولا يخرجن منه إلا بطلاق لتحقق النكاح فى حقهن إلا واحدة . و يصح رفع اللبس بأن يطلق من لم يكن طلقها ليتحقق الطلاق وتصح بالرجعة كمن طلقتها فقد راجعتها ، ومن منع الرجعة المبهمة راجع كل واحدة بعينها ليصادف المطلقة ، فإن امتنع من رفع اللبس أجبره الحاكم كالمولى ، فإن تمرد فالفسخ لقوله تعالى (ولا تضاروهن) فإن كان قد ثنى عليهن حرمن جميعاً بالمتلبسة ونحو ذلك ، وعلى قول الخصم لا يصح رفع اللبس ، إذ الطلاق لا يقع إلا بالتعيين (فرع) فإن كان قد دخل بهن فلهن المهور كاملة ، و إلا فنصف المسمى ، فان لم يسم فالمتعة . فإن مات فهو كالدخول ، فلهن ثلاثة مهور كاملة ، ونصف لأجل المطلقة ، يقسم بينهن تحويلا إن استوت مهورهن ، و إلا نقص على الناقص بحسبه ، فإن دخل ببعضهن دون بعض حول بحسبه . (فرع) وكذا الميراث إن مات قبل الدخول بهن فالميراث لثلاث منهن . وواحدة لا ترث لتطليقها قبل الدخول ، لكنها ملتبسة ، فيقسم أرباعاً . وكذا إن مات وقد دخل بهن ، لكن بعد مضى عدة المطلقة الملتبسة . فإن كان قد دخل ببعض حول كما مر . فلو دخل بهن إلا واحدة ومات فى العدة فالغير المدخولة ثمن الميراث تحويلا ، والباقى لصواحبها . و إن كان قد دخل بواحدة فقط ومات فى العدة فللمدخولة ثمن وسدس تحويلا ، والباقى لصواحبها . و إن دخل باثنتين فقط فقس على ذلك . (فرع) فإن مات فعلى كل واحدة منهن عدة وفاة وعدة طلاق ، لتيقن براءة ذمتها ، كمن عليه صلاة من خمس . فتعتد أربعة أشهر وعشرا فيها ثلاث حيض (فرع) و يجب التحويل فى نفقة العدة ، ويقسم الحاصل بينهن مع اللبس (فرع) فلو قال : زينب طالق ، وكل واحدة من نسائه

،منهما زينب ، أوأقبلن فقال : أنت طالق ، ولم يشر إلى أيهن ، فهو كالذى التبس بعد تعيينه ، ولا قائل هنا بأنها تعلق فى الذمة بخلاف : إحدا كن طالق ، ففيه الخلاف لصلاحية لفظه فى أصل وضعه لكل واحدة ، بخلاف اللقب وضمير الخطاب ، فنحن نقطع أنه أراد به واحدة بعينها ، مطابقة لوضعه ، لكن التبس بعد التعيين «مسألة » (يه) ولا يعتبر فى عدد الطلاق النساء ولا الرجال فتطليق الأمة ثلاث كالحرة ، والعبد ثلاث كالحر لعموم قوله تعالى (الطلاق مرتان) (على) ثم (ن ح ف) بل يعتبر بالنساء فللحرة ثلاث ولو كان الزوج عبداً ، وللامة اثنتان ولو كان الزوج حراً إذ هن محله ، من حيث هو فسخ للعقد ، والعقد إنما يتناول المرأة لا الرجل . قلنا : مسلم أنهن محله فما وجه اختلاف العدد (ع عم ثم ش لـ مد) مد بل بالرجال فيملك الحر ثلاثا ولو للأمة ، والعبد اثنتين ولو للحرة ، لقوله ﷺ « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » قلنا : أراد أن الطلاق إنما يقع من الرجل لا المرأة ولا عدة عليه بل عليها ، إذ أفتى (ع) عبداً طلق تطليقتين ثم عتقا ، أنها لا تحرم عليه ، بل له أن

فصل فى الطلاق الملتبس

(قوله) « الطلاق بالرجال، والعدة بالنساء» هكذا يروى هذا الحديث، ونسبه فى التلخيص إلى الدارقطنى والبيهقى من حديث ابن مسعود موقوفاً ، والبيهقى عن ابن مسعود وابن عباس موقوفاً أيضاً. وليس فى الجامع، لكن فيه عن عائشة « أن رسول الله ﷺ قال : طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان » أخرجه الترمذى وأبو دواد. وعن ابن عمر كان يقول: « إذا طلق العبد امرأته ثنتين حرمت عليه حتى تنكح زوجاً غيره ، حرة كانت أو أمة . وعدة الحرة ثلاث حيض ، وعدة الأمة حيضتان » أخرجه الموطأ هكذا موقوفاً .

(قوله) «إذ أفتى ابن عباس» الخ . عن أبى الحسن مولى بنى نوفل قال« قلت لابن عباس : مملوك كان تحته مملوكة فطلقها تطليقتين ثم أعتقا بعد ذلك ، هل تصلح له أن يخطبها ؟ قال نعم ، بقيت له واحدة ، قضى بذلك رسول الله ﷺ » أخرجه أبو داود والنسائى . وفى رواية أخرى للنسائى قال « كنت أنا وامرأتى مملوكين فطلقتها تطلقتين ثم أعتقنا جميعاً ، فسألت ابن عباس فقال : إن راجعتها كانت عندك على واحدة ، قضى بذلك رسول الله ﷺ » قال الخطابى : لم يذهب إلى هذا أحد من العلماء فيما أعلم . وفى إسناده مقال ، ومذهب عامة الفقهاء أن المملوكة إذا كانت تحت مملوك فطلقها تطليقتين أنها لا تصلح له إلا بعد زوج .

يتزوجها ، وقال «أفتى به رسول الله ﷺ الخ» قالوا نهى عثمان وزيد عبدَ أم سلمة عن مراجعة حرة طلقها اثنتين ، وقالا : حرمت عليك . ولم يخالفا قلنا : معارض بما روينا ، ولعله اجتهاد لهما .

فصل فيما ينهدم به الطلاق والشرط

« مسألة » (ع) والزوج بعد التثليث يهدمها ويهدم كل شرط تقدم البينونة ، ولا يهدم دون الثلاث ولا الشرط إلا معها، لما سيأتي « مسألة » والزوج يهدم الثلاث إجماعاً ، لقوله تعالى (حتى تنكح زوجا غيره) (فرع) (ه ح ك ش) فلا تحل بالوطء فى نكاح فاسد ، إذ الخطاب يتناول الصحيح عرفاً (ى ش) بل تحل به لشبهه بالصحيح فى سقوط الحد ونحوه . قلنا : الفاسد كعدمه إلا ما خصه دليل ، ولا دليل على التحليل به ، ولا تحليل بالباطل إجماعاً (فرع) (الأكثر) ولا يكفى العقد لقوله ﷺ « حتى تذوقى عسيلته » (يب) يكفى ، إذ النكاح اسم للعقد بدليل (إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) . قلنا : صرفه الخبر إلى الوطء ، ولإجماع الصحابة أن الوطء معتبر ، (فرع) (ه قين) ولو وطئها محرمة أو حائضة أو صائمة صح التحليل (ك) لا . قلنا : لم يفصل الخبر (فرع) والمعتبر توارى الحشفة أو قدرها من غير المستأصل ، لتحصيل ذوق العسيلة (فرع) (ه قين) وتحل بوطء المراهق (ك) لا . قلنا لم يفصل الخبر ووطء المسلول إذ يمكنه الإيلاج ، والمجبوب حيث بقى قدر الحشفة وأمكنه إيلاجه والعنين ولو استدخله بأصبعه من غير انتشار . إذ القصد الإيلاج ، وتحل

(قوله) « نهى عثمان وزيد » الخ . عن سليمان بن يسار أن نفيعا مكاتبا لأم سلمة زوج النبى ﷺ ، أو عبدا كانت تحته امرأة حرة فطلقها ثنتين ثم أراد أن يراجعها ، فأمره أزواج النبى ﷺ أن يأتى عثمان فيسأله عن ذلك ، فلقيه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعاً فقالا : « حرمت عليك » أخرجه الموطأ . وأخرج نحوه أيضاً من رواية سعيد بن المسيب عن عثمان ومن رواية غيره عن زيد .

فصل فيما ينهدم به الطلاق

(قوله) « حتى تذوقى عسيلته » تقدم فى مسألة العنين .

بفعلها فى نومه ، ولا يعتبر الإنزال لحصول اللذة من دونه . والعبد والحر والمجنون والسليم سواء . والمجنونة والمملوكة ونقيضهما سواء : فإن كان أولج ذكره ملفوفا بخرقة ففيه تردد : الأصح يقتضى الاحلال كالغسل والحد (فرع) ولا تحل بالوطء فى الدبر إذ لم تذق العسيلة ، وإيلاج بعض الحشفة لا يكفى ، واستد خال المنى والمجبوب المستأصل والأصبع لما مر . والوطء بالملك إذ ليس بنكاح وبالغلط وبالباطل (فرع) فإن ارتدت ثم تزوجت هناك ففيه تردد : الأصح تحل ، إذ يسمى نكاحاً ولو ثلث زوجته المملوكة ثم اشتراها لم تحل له حتى تنكح زوجاً غيره ، والقول لها أن المحلل قد وطىء ، إذ لا يعرف إلا من جهتها . فإن ظن كذبها لم تحل ، إذ يجب العمل بالظن فى النكاح تحريماً (فرع) (على عمران بن الحصين ره ثم هـ م محمد ش) ولا يهدم الزوج دون الثلاث إذ لم ترد إلا فيها حيث قال تعالى (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) فبقيت الواحدة واثنتان على الأصل وهو عدم الهدم (عم ع. خعى ح ف) بل يهدم ، إذ ماقوى على هدم الثلاث قوى على هدم دونها . قلنا : الهدم مخالف للقياس فقرر حيث ورد ، وإذ لم يهدم بقوة بل بتوقيف ولا يصح القياس إذ لا نأمن كون التثليث جزءاً من العلة « مسألة » ولا ينهدم طلاق بردة ولا إسلام إذ لا دليل

فصل فى أحكام الطلاق

« مسألة » (أبو موسى وعن على ع ثم وو طا جابر بن زيد ثم ه ق صانا سا عبد الله بن الحسن موسى بن عبد الله وعن ز) والطلاق لا يتبع الطلاق حتى تخلل رجعة أو عقد ، فإن ثلث أو ثنى

(قوله) «ولا يهدم الزوج دون الثلاث» قلت : وفى ذلك ما أخرجه الموطأ عن ابن شهاب أنه قال «سمعت ابن المسيب، وحميد بن عبدالرحمن بن عوف، وعبيدالله بن عبدالله بن عتبة، وسليمان ابن يسار ، كلهم يقول : سمعت أبا هريرة يقول: سمعت عمر يقول : أيما امرأة طلقها زوجها تطليقةأو تطليقتين ثم تركها حتى تحل وتتزوج زوجا غيره فيموت عنها أو يطلقها ثم يردها الأول ، إنها تكون عنده على ما بقى من طلاقها ، قال مالك : وتلك السنة التى لا خلاف فيها عندنا .

فصل فى أحكام الطلاق

(قوله) «الطلاق لا يتبع الطلاق» الخ . فى ذلك عن ابن عباس قال: « إذا قال أنت طالق ثلاثا

بلفظ واحد أو ألفاظ لم تقع إلا واحدة، لقوله تعالى (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان) فجعل وقوع الثالثة كالمشروط بأن يكون فى حال يصح منه فيه الإمساك، إذ من حق كل مخيرين أن يصح أحدهما فى الحال التى يصح فيها الثانى، و إلا بطل التخيير، فان لم يصح الإمساك إلا بعد الرجعة لم تصح الثالثة إلا بعدها لذلك، و إذا لزم فى الثالثة وجب مثله فى الثانية، إذ لم يفصل بينهما أحد (ع عم عاره وعن على ثم ن م وتخريجه ى: قين ك بعض الإمامية) بل يتبعه لظاهر قوله تعالى (الطلاق مرتان) والظاهر عدم تخللها. قلنا: صرف عن الظاهر ما ذكرنا، وقوله لعمر «مره فليراجعها» الخبر. فلو صح من غير رجعة لم يأمر بها، وتوقف (ع) لتعارض الأدلة « مسألة » و يصح التوكيل فيه إجماعا، فإن قال: طلق نفسك فقالت: أبنتك وقع، لا طلقتك (م) و يصح تحبيس الوكالة ككلما عزلتك فقد وكلتك، يصح عزله ككلما وليتك فقد عزلتك (م) ومطابقه لواحدة على غير عوض إذ هو الظاهر (م) ولا يلزمها تصديق الوكيل إلا ببينة أو معرفة خطه ضرورة من غير لبس (م) والقول بعد الوقت للموكل فى نفى الفعل، إذ الأصل العدم، لا حاله فلا وكيل إذ له الإنشاء. قلت. حيث ابتدأ و إلا كان إنكار الزوج عزلا إن فهم منه كراهة ايقاعه، فإن وكله بثلاث فأفرد أو العكس، فوجهان لا يقع شىء، للمخالفة، و يقع، حيث أفرد لا العكس وقد مرت، «مسأله» (ط) فإن قال: بشر

بفم واحد فهى واحدة» أخرجه أبو داود. وفى رواية ذكرها رزين أنه كان يقول «إذا قال أنت طالق أنت طالق أنت طالق ثلاث مرات فهى واحدة، إن أراد التوكيد للأولى وكانت غير مدخول بها» وفى رواية لمسلم عن طاووس أن ابن عباس قال «كان الطلاق على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر الثلاث واحدة، فقال عمر بن الخطاب: إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه إناة، فلو أمضيناه عليهم، فأمضاه عليهم» وفى ذلك روايات وأحاديث أخر.

(**قوله**) « بل يتبعه» الخ. فى ذلك عن مالك بلغه أن رجلا قال لعبدالله بن عباس «إنى طلقت امرأتى مائة تطليقة فماذا ترى على، فقال ابن عباس: طلقت منك بثلاث وسبع وتسعون اتخذت بها آيات الله هزوا» أخرجه الموطأ. وعن مالك بلغه أن رجلا جاء إلى عبدالله بن مسعود فقال: «إنى طلقت امرأتى ثمانى تطليقات، قال ابن مسعود: فماذا قيل لك؟ قال: قيل لى إنها قد بانت منك. فقال ابن مسعود: صدقوا، من طلق كما أمر الله فقد بين الله له ومن لبس على نفسه لبساً جعلنا لبسه به، ولا تلبسوا على أنفسكم و نتحمله عنكم، هو كما يقولون» أخرجه الموطأ. وقد تقدم غير ذلك، و فيه أحاديث أخر.

امرأتى أو أخبرها أو احمل إليها طلاقها ، كان إقراراً لا توكيلا «مسألة» ويتأبد مؤقته كانت طالق شهرا ، كالعتق ، ولا يصح الرجوع عنه ، ويدخله التشريك كشركتك معها ، أو أنت مثلها ، وهو كناية .

فصل

والقول للزوج فى إنكار الطلاق والتثليث إذ الأصل عدمهما وعليها الامتناع إن تيقنت التثليث ولو بقتله (ى) فإن حكم عليها بالتسليم جاز لها . قلت : أما مع التثليث المجمع عليه فلا ، إذ الحكم لا يؤثر فى القطعي ، (م) ، فان أقر با لتثليث لم يقبل رجوعه . قلت : وسيأتى الخلاف فيه . والقول لمنكر التقييد إذ الأصل عدمه . قلت : فان اختلفا فى كيفيته بعد التصادق عليه ، فالقول للزوج كأصل الطلاق إلا أن يدعى صفة زائدة ، نحو إن سافرت بغير رضاك ، فأنت كذا ، فاتفقا على السفر واختلفا فى الرضا ، فالقول لها إذ الأصل عدمه . « مسألة » والقول لمنكر وقوع الشرط ، إذ الأصل عدمه فان لم يعلم إلا من جهتها كالمشيئة قبل قولها ، وفى الحيض والولادة تبين بعدلة ، وتثبت بشهادتها الأحكام . (صح) إلا النسب فلا يثبت بشهادة النساء كما مرّ . فإن قال : إن دخلت الدار فأنت كذا . وقالت : أردت الماضى فالقول له ، إذ أصل الشرط الاستقبال .

باب

والخلع مأخوذ من خلع اللباس إذ كل واحد منهما لباس لصاحبه . للآية .

فصل

وهو عقد وشرط ، فالعقد ماتوسطت فيه الباء أو اللام ، أو على . قلت : أو ما فى معناها فى إفادة التعليل كأنت طالق ، بألف أو لألف أو على ألف ، أو حتى تعطيني ألفاً . « مسألة » (ى هب) وشرط العقد القبول فى مجلس عقده ، أو الخبر به قبل الاعراض والمطابقة ، فلو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقالت : قبلت : واحدة بثلاثة ، لم ينعقد . إذ لم يرض ببينونتها إلا بالألف . فان قالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فطلقها واحدة وقعت ولزم ثلث الألف .

قلت : وفى الفرق نظر ، إذ لم ترض هى ببدل العوض إلا فى مقابلة البينونة بالتثليث . « مسألة » والشرط كإن أو متى أعطيتنى كذا فأنت كذا ، فلا يعتبر القبول باللفظ ، و إنما يعتبر حصول الشرط كانت كذا إن دخلت الدار (ى) . وفى اعتبار المجلس تردد الأصح لا يعتبر كسائر الشروط (الغزالى عن بعضش) يعتبر لقرينة العوض . قلنا : لا وجه له إذ الصيغة شرط محض . (فرع) (ى) ولا يصح الرجوع فيه من الزوج كالطلاق المطلق ، بخلاف المعقود كما سيأتى ولها الرجوع قبل القبول فى الشرط والعقد جميعاً ، فلو قالت : إن طلقتنى فقد ملكتك هذا ، ثم رجعت قبل الطلاق صح ، إذ ليس برجوع فى الطلاق ، بل فى التمليك قبل انبرامه فصح . قلت: بل المذهب أن لا رجوع للزوج مطلقا إذ هو كالرجوع فى الطلاق ، وأما هى فلها الرجوع فى العقد قبل قبوله ، إذ ليس رجوعا عن طلاق بل عن مال، فأشبه البيع ، بخلاف الشرط إذ ليس بعقد إلا بالفعل فلم يشبه العقد بالبيع . (فرع) وتلحق الإجازة عقده كسائر العقود ، لا شرطه ، إذ ليس بعقد . « مسألة » وهو مباح ومختلف فيه ومحظوراً ، فالأول حيث كرهت خَلْقَه أو خُلُقَه أو دينه ، أو خافت أن لا تؤدى حقه فافتدت بشىء من مالها جاز ، وله أخذه إجماعا لقوله تعالى (فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ، ولخبر حبيبة بنت سهل مع زوجها حيث قالت : «لا أطيقه بغضا»

باب الخلع

(قوله) «ولخبر حبيبة بنت سهل» عن حبيبة بنت سهل الانصارى ــ وكانت تحت ثابت بن قيس ابن شماس ــ قالت فأتيت رسول الله ﷺ وقلت : لا أنا ولا ثابت وفى رواية لما خرج رسول الله ﷺ إلى الصبح وجدها عند بابه فى الغلس ، فقال لها ما شأنك؟ قالت لا أنا ولا ثابت. فلما جاء ثابت قال له رسول الله ﷺ « هذه حبيبة فذكرت ماشاء الله أن تذكر » قالت حبيبة يارسول الله كل ما أعطانى عندى ، فقال رسول الله ﷺ: خذ منها ، فأخذ منها وجلست فى بيتها» أخرجه الموطأ وأبوداود والنسائى. وفى أخرى للنسائى « أن ثابت بن قيس ضرب امرأته فكسرها وهى جميلة بنت عبد الله بن أبى ، فأتى أخوها يشكوه إلى رسول الله ﷺ ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى ثابت فقال له « ترد الذى لك. عليك وخل سبيلها» قال نعم ، فأمرها رسول الله ﷺ «أن تربص حيضة واحدة و تلحق بأهلها » وعن عائشة «أن حبيبة بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس ابن شماس فضربها فكسر بعضها ، فأتت رسول الله ﷺ بعد الصبح فاشتكته إليه ، فدعا النبى=

الخبر . والمختلف فيه : ماوقع بالتراضي من غير كراهة ولا نشوز بلا خوف ، والمال منها (هق ن ث خعي طاهر د عك) لا يصح ، لقوله تعالى (لا يحل لـكم أن تأخذوا ممـا آتيتموهن شيئا إلا أن يخافا أن لايقيما حدود الله) الآية . (م قين عك) يصح لقوله تعالى (فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئاً مريئاً) ولم يفصل . وقوله ﷺ « إلا بطيبة من نفسه » قلت : حجتنا أصرح وأرجح للحظر والقياس، إذ هو طلاق لا لخوف تعد ، فلا يحل العوض عليه ، كلو كان النشوز من الزوج بالتضرر . وأما المحظور فحيث يتضررها لتعطيه ، لقوله تعالى (لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن) فيقع الطلاق رجعيا . قلت : في العقـد لا في الشرط ، لتوقف وقوع المشروط على شرطه (فرع) فإن ركبت فاحشة فمنعها حقها لمخالفته فوجهان : أصحهما لايصح ، إذ هو عقد فلا يصح مع الإكراه ، وقيل يصح لقوله تعالى (إلا أن يأتين بفاحشة) قلنا : منسوخة بقوله : (واللاتي يأتين الفاحشة) الآية . وقد جعل الله لهن سبيلا بالجلد والرجم . « مسألة » (على ٣٢ عو) ثم (ز يه حص ني قش) وهو طلاق بائن يمنع الرجعة . وصريحه صريح الطلاق . ولفظ الخلع كناية ويقع به التثليث . فإن قال : خالعتك بكذا ، أو بارأتك ، وقع . وصح ناجزا كأنت طالق على ألف ، ومشروطا كان صمت فأنت طالق على ألف ، أو أنت كذا على ألف إن شئت ، ونحو ذلك . لـكن المشيئة يعتبر فيها المجلس ، فإن قالت : طلقني بألف . فقال : طلقي نفسك إن شئت ، فطلقت نفسها في المجلس وقع ولزمها الألف ، ولا يشترط مشيئتها إذ فعلها دالّ عليها . (فرع) وتدخله السنة والبدعة كالمطلق (ع مه ووقن مدحق ثورقش ابن المنذر) بل فسخ ، إذ هو فرقة لارجعة فيها بحال ، فأشبهت الفسخ فلا يقع به التثليث ، ولا سـنة ولا بدعة ، إذ لم يسأل رسول الله ﷺ امرأة ثابت عن حيضها عند المخالعة (ش) وصريحه خالعتك ،

ﷺ ثابتاً فقال « خذ بعض مالها وفارقها » قال : ويصلح ذلك يارسول الله ؟ قال نعم ، قال فاني أصدقتها حـديقتين وهما بيدها ، فقال النبي ﷺ خذهما وفارقها ، ففعل » أخرجه أبو داود . وعن ابن عباس « أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس أتت رسول الله ﷺ فقالت : ماأعيب على ثابت في خلق ولا دين ، ولـكني أكره الـكفر بعد الاسلام . قال أبو عبيد ـ يعني تبغضه ـ قال رسول الله ﷺ « تردين عليه حديقته ؟ » قالت نعم . قال رسول الله ﷺ « اقبل الحديقة وطلقها تطليقة » أخرجه البخاري والنسائي وفي رواية لهما أن اسمها جميلة .

وما تصرف منه ، وصرائح الطلاق ولفظ الفسخ (الغزالى) ، وفيه وجه بعيد ، أى الفسخ ، أنه كناية فى الخلع . وفى لفظ المفاداة وجهان : صريح لنص القرآن، وكناية لاحتماله . لنا : ماروا‌ه (يب) « أنه ﷺ جعل الخلع طلاقا » وقياسهم ضعيف ينتقض بالتثليث .

فصل فى صيغه

«مسألة» . (هب ن) يعتبر فيه الإيجاب والقبول كما مر ، ويغنى تقدم السؤال عن القبول كطلقنى بألف فطلق، أو أبرئينى بطلاقك، فأبرأت . فإن قال: خالعتك ولم يذكر عوضاً، فقالت : قبلت كان رجعياً ، إذ شرط الخلع ذكر العوض . « مسألة » (ه قين) ولا يفتقر إلى حكم (بص ابن سيرين) بل يفتقر، لقوله ﷺ لثابت « خذ ما أعطيتك » وأمره كالحكم .قلنا : لم يفصل قوله تعالى (لاجناح عليهما فيما افتدت به) وأمره ﷺ لثابت ليس إلزاماً . قالوا : النشوز شرط، وهو يتضمن الخصومة . قلنا : إنما هو مع الشجار ، ولا شجار مع التراضى . « مسألة » (ه) . ولفظ الخلع كناية، فيقبل قوله إنه أراد غير الطلاق لاحتماله (ط) لا، إذ الظاهر خلافه (ح) إن أتى به عقيب ذكر العوض لم يقبل قوله ، إذ هو قرينة للطلاق و إلا قبل . قلت : للنية تأثير مع الاحتمال القريب لا البعيد . «مسألة» (هب ح) و يلغو شرط صحة الرجعة ، كخالعتك بكذا على أن لى الرجعة عليك . إذ قد كل شرطه فيلغو شرط خلاف موجبه كالنكاح (ي هب) بل يصير رجعياً إذ شرط الرجعة يبطل العوض فيبطل الخلع . قلت : لانسلم بطلانه كما مر (عش) بل يكون خلعاً ويلزم مهر المثل ، لبطلان العوض . لنا ما مر . (فرع) أما لو قال : خالعتك بكذا . فقبلت ، ثم قال : ومتى راجعتك رجعت على بالعوض ، فإنه يلغو اتفاق لوقوعه بعد تمام العقد . «مسألة» (بص خعى ث عى) ثم (د قين ك) ولا رجعة مع الخلع ، إذ ثمرته ازالة سلطان الزوج عليها ، لقوله تعالى(فيما افتدت به)(هر يب) بل يخير بين أخذ العوض ولا رجعة أو تركه وله الرجعة فمتى قبضه بطل خياره . وقيل إن وقع بلفظ الطلاق صحت الرجعة لعموم قوله (و بعولتهن أحق بردهن) ولفظ الخلع والمبارأة لارجعة لاقتضائهما ذلك . لنا : قول على عليه السلام : «إذا قبل الزوج من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة واحدة » ولاوجه للفرق ، وقد ملكه بالعقد

(قوله) « لنا قول على عليه السلام . إذا قبل الرجل من امرأته فدية فقد بانت منه بتطليقة واحدة » حكاه فى أصول الاحكام وغيره .

فلا يعتبر القبض « مسألة » (ع عروة بن الزبير) ثم (ه ش مد حق) والمختلعة لا يلحقها الطلاق إذ لا يملك عليها الرجعة ، فهي كالأجنبية (ح ث) يلحقها في العدة من الصريح دون الكناية ، إذ الصريح طلاق ، فأشبهت الرجعية . قلنا : العوض صيرها كالأجنبية (ك بص) يلحقها في القرب لا في البعد (بص) والقرب أن يطلقها في المجلس لا بعده (ك) بل متصلا بالخلع والمنفصل بعيد (قلنا) لا تأثير للقرب والبعد لما ذكرنا ، وهو زوال سلطان الزوج ، فأشبهت الأجنبية « مسألة » فان قال : أنت طالق وعليك ألف ، طلقت مجانا ، إذ ليس بشرط ولا عقد ، والطلاق ناجز فان ضمنت له الألف لم يلزم ، إذ ليس في الذمة ، و إن أعطته فهبة لا تبطل بالرجعة « مسألة » (هب ح) ولو قالت : طلقني ولك ألف وطلق لم يلزم لما مر (ش فو مد) بل يلزم إذ استدعت الطلاق بالعوض ، فكان عقدا . قلنا : لاشيء من أدوات الشرط فيه يقتضي التعليق « مسألة » فان قال : إن أعطيتني ألفا ، فأعطته ألفين طلقت . فان قال على ألف ، فأعطته ألفين لم تطلق . إذ الأول شرط ، وقد وفت به وزيادة ، والثاني عقد والأعطاء فيه نائب عن القبول ، وشرط القبول المطابقة كما مر « مسألة » فان قالت : طلقني عشرا بألف فطلق واحدة (الطبري والحداد وابن الصباغ) استحق عشر الألف وباثنتين خمسه ، و بثلاث الألف كله ، إذ ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم (ى هب المروزي) بل بالواحدة ثلثا و بالثنتين ثلثين ، و بالثلاث كله . إذ لا حكم لما زاد ، فذكره لغو . لقول (ع) لمن طلق امرأته عدد نجوم السماء . فقال : «طلقت بثلاث والباقي إثم في رقبتك» « مسألة » فان قالت : طلقني واحدة بألف فقال : أنت طالق على ألف وطالق وطالق وقعت الأولى بألف لا الأخريان ، إذ قد بانت . فإن قال : أنت طالق وطالق وطالق بألف . قيل له : أي الثلاث تريد ؟ فان قال : الأولى ، بانت بها ، ولم تقع الأخريان . و إن قال : الثانية ، وقعت الأولى رجعية ، إذ هي بغير عوض ، ولم تقع الثانية عندنا ، وتقع عند من قال بتوالي الطلاق ، لا الثالثة اتفاقا . و إن قال : أردت الثالثة . فالأوليان رجعيتان إن قلنا بالتوالي ، وتبين بالثالثة . وعلى قولنا : الأولى فقط ، فان قال : أردت الثلاث بألف ، وقعت بثلاثة ، ولم تقع الأخريان لبينونتها .

(قوله) «لقول ابن عباس» الخ روى أن رجلا أتى ابن عباس فقال : إني طلقت امرأتي عدد نجوم السماء . فقال له : طلقت برأس الجوزاء والباقي اثم في رقبتك . هكذا حكاه في الانتصار والله أعلم

فصل فى العاقد

« مسألة » من صح طلاقه صح خلعه ، ومن لا فلا لما مر « مسألة » و يصح التوكيل فيه منه أو منها ، أو منهما ، وفى صحة توكيل الزوج امرأة تردد (ى) لايصح ، إذ لاتملك إيقاعه لنفسها . فلا تملك لغيرها (ش) يصح ، إذ هو عقد معاوضة كالبيع . قلت : وهو المذهب ، إذ لا دليل على المنع، بخلاف النكاح .وأما كونها لاتملك إيقاعه فلكون الحق للزوج ، وقد مر توكيلها بطلاق نفسها وكذلك غيرها.وفى صحة تولى واحد طرفى الخلع وجهان : أصحهما يصح أن تخالع نفسها بالتوكيل ، وكذلك غيرها . وقيل : لا. كالبيع . قلنا: رد الطلاق إلى جنسه أولى (فرع) فان لم يذكر العوض فى التوكيل ، فمهر المثل ، كالتوكيل بالبيع مطلقا ، وندب أن يذكره ، فان زاد على المثل صح ، إذ زاد خيراً . قلت : حيث لم يتمد ما ساق إليها عندنا على ماسيأتى . و إن نقص عن مهر المثل، أو أجل فموقوف (ى) و يقع رجعيا إن لم يجز . قلت : فيه نظر « مسـألة » فان قدر العوض فزاد الوكيل صح لما مر ، و إن نقص فوجوه : يقع بمهر المثل ، إذ فساد العوض يوجب الرجوع إليه ، كلو خالعها على خمر . وقيل : إن أجاز وقع بائنا ، و إلا فرجعى كما مر . وقيل : لايقع شىء إن لم يجز ، إذ صار فضوليا بالمخالفة (ى) وهو الأقيس (فرع) فإن خالف فى الوقت المعين صح مع التأخير ، إذ رضاؤه بطلاقها فى وقت رضاء به فيما بعده بخلاف التقديم (فرع) فان وكلت ولم تذكر العوض وقع بمهر المثل ، أو دونه ، أو بمؤجل ، إذ زاد خيرا،و بأكثر من المثل يقع و يتعين المثل، كلو سمت هى خمرا تغر براً . فان تبرعت هى بالزيادة صح . و يحتمل أن تقف الزيادة على إجازتها ، فان عينت القدر فخالف إلى أقل أو تأجيل صح كما مر . و إلى أكثر ففيه الوجوه المتقدمة « مسألة » فان قال : طلقها على كذا وعلى ضمانه لزم ، إذ الزعيم غارم ، فان لم يشرط الضمان ، ولا قال من مالها لزم ، ولو تعدى مهر المثل ، إذ الظاهر أنه من مال الوكيل ، ولايرجع عليها بما زاد علي المثل إن لم يجب بإذنها ، إذ أذنت بالمثل فقط . فان قال : علي كذا من مالها ، لزمها مهر مثلها ، ولم تلزمه الزيادة لأجل الإضافة. قلت : وفيه نظر « مسألة » وحيث العوض منها وهى صغيرة أو مجنونة لم يصح كمفقودها (ى) أو محجورة لدين لمنعها التصرف . قلت : وفيه نظر ، والأقرب صحته من المحجورة ، و يكون فى ذمتها. و يصح فى مرض الزوج ، ولو بدون المثل ، إذ لاحق للورثة فى البضع ، ولا قيمة لخروجه كما مر (ى ه) (الحنفية) فأما فى مرضها فمن الثلث كلو وهبت (ش) بل من رأس المال كلو اشترت متاعا بقيمته .

قلنا : البضع ليس بمال ، فكان العوض كالتبرع « مسألة » وتصح مخالعة الرجعية عند من صحح توالى الطلاق لا البائنة كما مر «مسألة» (ه قين) وليس للأب مخالعة ابنه الصغير ، إذ الطلاق لمن أخذ بالساق (بص طا) تصح كالبيع . قلنا هو طلاق فافترقا « مسألة » وللأب مخالعة زوج ابنته الصغيرة حيث العوض منه، إذ لا يشترط النشوز إلا حيث العوض منها، لقوله تعالى (فإن خفتم أن لا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به) (ى) فان نوى الرجوع على مالها جاز لأجل الولاية . قلت : فيه نظر. ولا يصح على مهرها إذ نشوزها لاحكم له ، « مسألة » فإن قال: طلق ابنتي وأنت برىء من مهرها، أو على أنك برىء لم يقع، صغيرة كانت أم كبيرة، إذ لا نشوز ولا ضمان من الأب. فإن زاد: وعلى الضمان إن طالبتك، أو قال طلقها على أنى ضامن، أو قال الزوج: طلقت على أنك ضامن، فقيل وقع خلعاً عند من صحح العوض من غيرها ، ولا يبرأ الزوج لكن يرجع على الأب إن طولب . قلت : بناء على أن قوله : طلقها وعلى كذا، عقد فهو محتمل (ش) ولا يرجع بالمسمى بل بمهر المثل، (البغداديون) بل بالمسمى إذ قد ضمنه . قلت : وهو الأقرب . فإن قال على مهرها كان رجعياً، ولا يلزم الأب لإضافتهـا إلى مهرها ولا يلزمها ، وقيل يلزمها كعلى ألف . قلنا : الفرق واضح ، «مسألة» (الأكثر) فإن قال رجل لغيره طلق امرأتك بألف ، فطلق وقع خلعاً ولزم الألف (ص ع عق ثور) بل رجعياً ولا عوض له ، إذ قوله تعالى (فيما افتدت به) يقتضى بطلان العوض من غيرها . قلنا : إذا جاز أن تسقط حق الزوج بعوض منها جاز من غيرها كقضاء دين عليها . فإن قال لها خالعى زوجك بألف ، ففعلت رجعت عليه بالألف ، إذ هو كالضامن « مسألة » ، وإذا أذن السيد لأمته بالمخالعة ففعلت بالمسمى أو بدونه صح . فإن زادت فالزيادة فى ذمتها . قلت : فان دلست ففى رقبتها و يصح من غير إذن سيدها بعوض فى ذمتها ، فإن عينت عيناً فقيمة تلك العين فى ذمتها . قلت . حيث لا تدليس ، و إلا ففى رقبتها ، « مسألة » وليس للمكاتبة المخالعة بغير إذن ، إذ هو تبرع . والمدبرة وأم الولد كالمملوكة « مسألة » فإن قالت : خالعتك بألف فقبل لم يقع ، إذ الطلاق إليه دونها . فإن قالت متى طلقتني فلك ألف . وقع بائناً ، وكذا أجزت لك ألفاً لتطلقنى فطلق ، « مسألة » فإن قال : إن أعطيتنى ألفـاً أو ضمنت لى ، طلقت باحضار الألف والإذن بقبضه و إن لم يأخذه ، إذ قد حصل الإعطاء . فإن غاب أو هرب لم يقع فإن قال : إن أقبضتينى ألفـاً لم يقع إلا بقبضه ، ولو أحضرته بخلاف الإعطاء (ه ش) ويعلك بالقبض كلو

عقد عليه (نى ابن القاص) لا ، إذ لم يقع لفظ تمليك . ويستحق مهر المثل إذ هو معاوضة فلا يصح بالشرط فيتعين المثل كالعقد الفاسد . قلنا : لم يفصل قوله تعالى (فيما افتدت به)

فصل فى أحكام العوض

« مسألة » ومن شرطه أن يكون مالا يصح تملكه مثليا كان أم قيمياً ، عيناً أم ديناً . فلا ينعقد بخمر أو نحوه . ويقع رجعياً ، « مسألة » (يه ن بص يب ك حق د) ولا يحل منها أ كثر مما لزم بالعقد لقوله ﷺ « أما الزيادة فلا » (م ى قين) بل يجوز لقوله ﷺ « لأخت الخدرى امرأة ثابت « ردى عليه حديقته وزيديه » . قلنا : معارض بما روينا وهو أرجح للحظر (ع) فإن زاد تبرعاً جاز إجماعاً لا لو امتنع من الطلاق إلا به (ص جم) لا ، وإن تبرعت للآية. قلت : مخصصة بقوله تعالى (فإن طبن لكم) « مسألة » (يه حص) ويصح على تربية الأولاد ونفقتهم ونفقة العدة ، إذ هى فى التحقيق على مثل ذلك . وتغتفر هذه الجهالة لصحته على مهر المثل على جهالة فيه (ش) لا ، حتى تبين مدة الرضاع وقدر الطعام والإدام وصفتهما ، وكم لكل يوم ، ومدة الكفالة بعد الرضاع ، لترتفع الجهالة . قلنا : خروج البضع لا قيمة له فاغتفرت الجهالة فى عوضه ، وكعقد النكاح مع أن لدخوله قيمة فهذا أولى (فرع) (م ى) وإذا أطلق الرضاع فحولان ، والتربية سبع سنين أو ثمان سنين ، إذ لا يستقل بنفسه دونهما . ومن ثم قيل هو : فى السبع الأولى على أسير وفى الثانية وزير ، وفى الثالثة أمير ، (فرع) وللأب أن يطلب النفقة إليه ويدفع للولد كل يوم قدر حاجته مما أخذ ، أو من ماله ما يرى وإذا

(قوله) « أما الزيادة فلا » قيل فى رواية لحديث امرأة ثابت أن النبى ﷺ لما قال لها « أتردين عليه حديقته » . قالت نعم وأزيده فقال أما الزيادة فلا . وروى أن النبى ﷺ قال لثابت بن قيس « لا تأخذ منها أكثر مما أعطيتها » حكاه فى أصول الأحكام بمعناه .

(قوله) « لقوله ﷺ لأخت الخدرى » الخ قال فى أصول الأحكام . فان قيل فقد روى عن أبى سعيد الخدرى أنه قال : « كانت أختى تحت رجل من الأنصار تزوجها على حديقة وكان بينهما كلام فارتفعا إلى النبى ﷺ فقال « أتردين عليه حديقته ويطلقك ؟ » قالت نعم وأزيده . قال : ردى عليه حديقته [illegible] النبى ﷺ [illegible] على الحديقة . [illegible]

اشترط أكثر من كفايته فالزائد للاب، و يوفي الأقل. و إن أذن لها صح . و إن مات الصبي أو ماتت فللأب أجرة ما بقي من الحضانة وقدر نفقتها لأجل العقد ، « مسألة » و إذا قالت : طلقني على مافي بطن أمتي، صح إن انكشف حملا كالوصية به (ع هب حص) و إلا فلا شيء ووقع رجعياً ، إذ لا يبطل الطلاق ببطلان العوض (ش ك) بل يجب مهر المثل ، ويكون خلعاً ، إذ بطلان العوض يوجب الرجوع بقيمة بدله إذا تعذر الرجوع به . قلنا : لاقيمة لخروج البضع كما قدمنا . فإن قالت: على حمل هذه الجارية، فانكشف عدمه، لزم مهر المثل، إذ دلست بتسميته حملا، بخلاف قولها على مافي بطنها « مسألة » و يلزم بالتغرير مهر المثل كمسألة الحمل ومثلها على هذه الدراهم ، فإذا هي نحاس ولا تغرير ان ابتدأ الزوج أو علم ، إذ لا خيانة منها حينئذ « مسألة » (هب) فإن عين عوض الخلع ثم استحق لزمت قيمته، إذ هي أقل جهالة من مهر المثل، فإن سمت عبداً فإذا هو حر أو خلا فاذا هو خمر صح الخلع ولزم مهر المثل (ط) ولو خالعها على مافي هذه الجرة من الخل فإذا هو خمر، لزم مهر المثل ، لتعذر الرجوع إلى ما وقع عليه عقد الخلع، إذ لا قيمة له . قلت : ووجه ذلك كله أن تسميتها العبد والخل تغرير، ولم يرض بخروجه إلا بعوض «مسألة» (ع) فإن خالعها على مهرها قبل الدخول رجع عليها بنصف المهر ،عينا كان أو ديناً (ط) وصورتها أن يسلم إليها الدين ثم يخالعها عليها ، فيرجع عليها بنصفها وتصير مشتركة بينهما. ووجه ذلك أنه يبطل ملكها نصفها بالطلاق ، فتبطل المخالعة بالنصف، إذ هو ملك الغير . قلت : وهذا الكلام غير سديد ، والقياس أنه يملك العين بالمخالعة ثم يرجع عليها بنصف قيمتها كلو باعتها أو وهبتها «مسألة»(ع) واذا خالعها بهذا العبد أو هذا تعين أو كسبهما ، إذ لا قيمة لخروج البضع ، والأوكس هو المتيقن والزائد مشكوك فيه، بخلاف النكاح فيتعين الأقرب الى مهر المثل منهما كما مر، إذ لدخول البضع قيمة بخلاف خروجه (فرع) (ع هب) ولو أمهرها عبداً غير معين ثم خالعها به استحق الوسط، اذ هو الذي ينكح به وقد عينه في الخلع فيتساقطان و إن خالعها بعبد غير معين فلها الأوسط بالنكاح ، وله الأوكس بالخلع لما مر من الفرق بين دخول البضع وخروجه « مسألة » (ه قين) والمخالع تجديد العقد في العدة و بعدها ، لقوله تعالى (فلا جناح عليهما أن يتراجعا) (ثور) يجوز من غير عقد كالرجعية . لنا ما مر (مد) لايعقد عليها إلا بعد العدة قلنا : لاتستبرىء من مائه « مسألة » (ه ش مد) ولا يوجب الخلع براءة الزوج من سائر الحقوق كالطلاق (ح ف) الخلع مباراة مطلقة فأسقطت كل حق كالبراء

المطلق . فيسقط بالخلع كل حق حتى الشفعة والرد بالعيب . قلنا: هو براءة على مال فلايتعدى عنه إلى غيره ، كلو قال : أبرأتك من الشفعة لم يسقط به غيرها . « مسألة » و يقع المعقود على غرض كعلى أن تدخلى الدار بالقبول أو الامتثال فى المجلس قبل الإعراض . قلت : و إن بعدت الدار عن المجلس فامتثالها النهوض إليه ، ويكون رجعياً لبطلان العوض . فإن قال على خياطة هـذا الثوب أو نحوه ، فخلع إن قبلت أو امتثلت ، ولا يفتقر فى الشرط إلى القبول ، و يقع باحضـار المشروط. ولايجبر على القبول (بعض ها) يجبر لبطلان الطلاق ، ولاوجه له ، إذ قد حصل الشرط بالاحضار . «مسألة»(م) ولو قال : إن وهبت لى نصف مهرك ولابنى نصفه ، فأنت كذا ، وقع بالهبة و يكفى قبول الأب للصغير لا للكبير ، فيكون خلعاً بما صار إلى الأب لا إلى الابن ، إذ شرط الخلع مصير العوض إلى الزوج دون غيره لقوله تعالى (فيما افتدت به)والتقدير من زوجها (م ط) فلوقال : إن وهبت مهرك لفلان : فوهبت كان رجعياً لذلك . «مسألة» (م) ولو قالت : أحللت لك مهرى أو مهرى لك حلال على أن تطلقنى ، أو طلقنى على مهرى . فطلق ، وقع الخلع ولها الرجوع قبل طلاقه فى العقد لا فى الشرط ، بخلاف الزوج كما مر . « مسألة » (م) ولو خالعها على بقرة فاستحقت ، ثم اشترتها لزم الزوج قبولها ، إذ هى التى تضمنها العقد . فإن استحق بعضها خير الزوج بين فسخها وطلب قيمتها ، أو أخذ ما لم يستحق وقيمة ما استحق. فإن اشترت المستحق فلا خيار فإن خالعها بدراهم فدفعت البقرة عنها ، ثم استحقت البقرة، طالب بالدراهم . « مسألة » (ع) فإن قالت : طلقنى ثلاثا بألف فلا بد من الرجعة ، أى العقد بين كل تطليقتين عندنا . فإن طلق واحدة فله ثلث الألف لصحة التجزى فى العوض . « مسألة » (م) فإن قال : ردى على ما أخذت منى حتى أطلقك . فردت ، فطلق ، وقع الخلع ، إذ السؤال كالقبول . فإن قال وكيل الزوج : حلليه مهرك لأطلقك ، فحللت فلم يطلق بطل التحليل . فإن قالت : أحللته مهرى ، لم يبطل بامتناعه . فإن قالت : طلقنى على مهرى . فقال : طلقت لسوء عشرتك . وقع الطلاق رجعياً ، إذ لم يطلق بعوض ولم يطابق سؤالها . « مسألة » (م) فإن قالت : طلقنى على مهرى . فقال : طلقتك بعد يوم أو بعد هذا المقام ، وقع الطلاق رجعياً ، إذ شرط الخلع المجلس ، وجوابه غير مطابق .

فصل فى الصيغ الموجبة للعوض

وقد مر أنها عقد وشرط والفرق بينهما . « مسـألة » (ى هب بعصش)

فإن قال : أنت طالق وعليك ألف ، وقال: أردت العقد لم يقبل ، إذ لم ينو مايحتمله اللفظ (الغزالى) ، بل يقبل . «مسألة»والنقد فى المعاملات كالبيع ، والخلع بالعقد ينصرف إلى الغالب فى البلد ، وفى الإقرار إلى مايقع عليه اللفظ : وفى التعليق كأن أعطيتنى ألفاً فأنت كذا ، تردد الأصح كالمعاوضة ، إذ هى المقصودة والتعليق عارض . (فرع) (ى) ولا ينصرف التعليق والاقرار إلى الدراهم الناقصة بالوزن ولو فضة خالصة يتعامل بها فى البلد عدداً لاوزناً ، بل إلى الموازنة الكاملة، إذ العرف لايؤثر فيها . فأما البيع والشراء والإجارة ففيه تردد الأصح يتبع العرف ، إذهى معاوضة . أما لو أقر مبهماً وفسر بالناقصة قبل ، إذ الأصل البراءة . وأما المغشوشـة فلا تقبل فى الإقرار والتعليق ، وتقبل فى العقود فى الأصح ، حيث قدر الفضة معلوم ، فإن جهل ففى فساد العقد تردد . « مسألة » و يصح التعليق بالقيمى كأن أعطيتنى عبداً أو نحوه ، و إن لم يبين النوع، فإن أحضرت عبداً مغصوبا ففيه تردد : الأصح لايقع الطلاق ، إذ أراد عبداً تملكه ، وحيث لم يعينه لايرده بعيب، إذ يستحق الأوكس فى الإطلاق ، فإن عينه فأعطته فانكشف معيباً طلقت لحصول الشرط. ولو رده ، و يلزمها قيمته سليما . قلت : وفيه نظر . فإن استحق (ابن أبى هريرة) لم يقع الخلع ،إذ إعطاؤه كلا إعطاء . قلت : ولا تفريع منها ، إذ هو المبتدىء ، وأتى من نفسه (ى الطبرى) يقع بإعطاء عينه و يستحق القيمة . قلت : لاقيمة لخروج البضع ، فليس كالمهر فإن قال : إن أعطيتنى خمراً أو ميتة أو دماً ففيه تردد (ى) الأصح تطلق ، كأن دخلت الدار بخلاف مسألة العبد المغصوب فصحة تملكه قرينة إرادته التمليك . وقيل : لايقع،إذ مفهوم الإعطاء التمليك . قلنا : بل الاستيلاء حيث لاتملك ، فان قال : أنت طالق على هذا الثوب على أنه هروى ، فانكشف مرويا صح ولزمت قيمته . قلت : حيث ابتدأت . فان قال : إن أعطيتنى هذا الثوب وهو هروى ، فانكشف مرويا لم تطلق لعدم الشرط . فإن قال : إن أعطيتنى هذا الثوب المروى فانكشف هرويا ، ففيه تردد . قيل : إن قصد بالوصف الشرط لم يقع ، والاخبار يتم «مسألة» (مذهب ...) فإن قالت : متى طلقتنى فلك كذا . أو قال : متى أعطيتنى ألفاً فأنت [illegible]

المعاوضة ، فأشبه العقد ، ومن جانبه طلاق معلق . قلنا : لا فرق . «مسألة» (ه) و يصح وقف البراءة على شرط الطلاق (الغزالى) لا ، لبطلان العوض قلنا : البراء المشروط يصح كما سيأتى : « مسألة » (ه حص) فإن قالت : طلقنى ولك على ألف ، أو قال : أنت كذا ولى عليك ألف ، لم يلزم (صش) يلزم فى الأولى إذ هى صالحة للالتزام لا الثانية . قلنا : اخبار لا التزام فيهما «مسألة» فإن قالت : طلقنى على ألف ، فقال طلقت ولم يذكر الألف ، وقال : لم أقصد الجواب بل الابتداء لتثبت له الرجعة ، قبل لاحتماله ، فإن قال على ألف لم يقبل ، إذ لا احتمال « مسألة » فإن أتيا بالكناية كأبنى بألف ، فقال أبنتك ، اعتبرت النية ، فان نويا نفذ الخلع ، و إن تركا فلا طلاق و إن نوى الزوج دونها مع ذكر العوض بطل ، إذ لا يصح بذل المال منها من غير نية . فان لم يذكر العوض نفذ رجعيا . فان نوت دونه فلا شىء « مسألة » فان أتى أحدهما بصريح والآخر بكناية فصاحب الصريح لا يحتاج إلى النية ، وأما الكناية فكما مر ، «مسألة» (ى هب نى) فان قالت من بقى لها طلقة : طلقنى ثلاثا بألف ، فطلقها واحدة استحق ثلث الألف ، إذ العوض فى مقابلة الطلقات الواقعة ولم يبق لها إلا واحدة (ش) بل يستحق الألف ، إذ هو فى مقابلة البينونة وقد حصلت (المروزى) إن علمت أنه لم يبق إلا واحدة استحق الألف و إلا فثلثه . قلت : وهو الأقرب « مسألة » ولو قال زوجتاه : طلقنا على ألف فقال أنتما طالقان ، جواباً عليهما ، كان الألف عليهما نصفين (ش) بل مهر المثل . قلنا : لا وجه له مع التسمية . فإن قالت زوجته : بعنى هذا العبد وطلقنى على ألف ، فقال بعتك إياه وطلقتك ، فهو بيع وخلع . فإن قلنا بصحته كبيع ونكاح قسم الألف على قيمة العبد وعوض الخلع ، فما قابل قيمته فهو ثمنه والباقى للخلع « مسألة » فان خالعها على متاع البيت صح واستحقه . وحيث لا متاع فيه ، قلت : ولا تغرير وقع رجعياً لبطلان عوضه (ش) بل يستحق مهر المثل . قلت : بناء على أن لخروجه قيمة « مسألة » (ه حص) فإن تلف عوض الخلع المعين قبل قبضه رجع ببدله مثل المثلى وقيمة القيمى (ش) بل بمهر المثل (قش) بل بمثله أو قيمة مثله ، قلنا : ما اعتبرناه أقل جهالة ، « مسألة » ومن له زوجتان أرضعت الكبرى الصغرى وخالع الكبرى صح الخلع إن سبق الرضاع و إلا فلا ، إذ تقدمه الفسخ ، فإن التبس السابق منهما صح الخلع ، إذ الأصل بقاء الزوجية وهو يترتب عليها «مسألة» و يصح بين الحر بيين والذميين إذ هما زوجان وأنكحتهم صحيحة كما مر . لكن إذا ترافعوا إلينا قبل القبض لم نأمرهم بإقباض الخمر ونحوه

إذ لا نحكم بخلاف شريعتنا ، فيحكم بمهر المثل لفساد القسمية ، ولم يرض بخروجها إلا بعوض ، و إن ترافعا بعد التقابض لم ننقضه لصحة تملكهم إياه ، و يحكم ببراءتها بالتسليم . وكذلك لو قبض البعض رئت من قدره وحكم بقدر ما بقى من مهر المثل ، فإن أسلما قبل التقابض فسد العوض ولا شيء للزوج ، إذ لا قيمة لخروج البضع . و يجوز له الانتفاع به ، بخلاف مالو لم يسلما وترافعا قبل القبض فيحكم بمهر المثل ، إذ له الإنتفاع به لكن منعه الحكم فوجب عوضه فافترق الحالان (ش) بل يحكم له بمهر المثل . قلنا : بناء على أن لخروجه قيمة « مسألة » فإن ارتد الزوجان ثم تخالعا صح الخلع (م) أو ارتد أحدهما بعد الدخول ثم تخالعا فى الردة ، بقى موقوفا ، فإن أسلم فى العدة صح إذ انكشف وقوعه والنكاح باق. و إن لم يسلم حتى انقضت بطل إذ انكشف الإنفساخ بالردة (فرع) فان قالت :طلقنى واحدة بألف فثلث وقعت واحدة عندنا بالألف، وقيل يقع الثلاث وله الألف إذ فعل ماسألت وزيادة (المروزى) و يستحقه فى مقابلة الثلاث (بعصش) بل بالواحدة والأخريان وقعتا مجاناً (القفال) بل تقع الثلاث و يستحق عليها ثلث الألف إذ رضيت واحدة به فجعل كل طلقة بإزاء ثلثه (المسعودى) وغيره بل تقع واحدة فقط بثلث الألف إذ أوقع الأخريين على العوض ولم تقبلهما فلم يقعا وسقط مقابلهما (ى) والأصح الأول وعليه الأكثر من (صش) ، «مسألة» (أكثر صش) فان قالت: طلقنى ثلاثا بألف فقال: أنت طالق واحدة بألف ، واثنتين مجاناً ، وقعت واحدة بثلثه لا الأخريان ، إذ بانت بالأولى .وقيل يقع اثنتان رجعيتان مجانا ، إذ الأولى غير واقعة، إذلم يرض بوقوعها إلا بألف. فان قال :أنت طالق واحدة مجانا واثنتين بثلثى الألف وقعت واحدة رجعية . فان جوزنا مخالعة الرجعية وقع الأخريان بثلثى ألف ، «مسألة» (ى) فإن قال لامرأتيه : أنتما طالقان أحدكما بألف، فقبلتا وقعت واحدة بألف ملتبسة، وقد مر حكم الملتبس . قلت : بل الظاهر أنه واقع عليهما غير ملتبس و إنما التبس من عليها الألف منهما، لكن إحداهما بائنة ملتبسة . قال : فان قبلت إحداهما دون الأخرى وجعلنا الملتبس غير واقع بل فى الذمة أمر الزوج بالتعيين، فإن عين القابلة وقع خلعا ولزمها الألف، والأخرى رجعية . و إن عين التى لم تقبل وقع الطلاق على القابلة رجعيا بغير عوض ، ولم يقع شيء على التى لم تقبل ، لكونه خلعا وشرطه القبول . قال فان لم تقبل أيهما فمن (ابن الحداد) لا يقع شيء إذ شرطه القبول (الطبرى) بل يقع الأول الذى لم يقيد بعوض ، و يطالب بالتعيين فإن قالت: طلقنى نصف طلقة أو نصفى بألف ثم

كما مر «مسألة» فإن قالت : طلقنى غداً على ألف، أو إذا طلقتنى غداً فلك ألف، وقع بطلاقه غداً خلعاً لا بعد غد (الداعى ى) وكذا لو طلق فى الحال . قلت : موقتا بغد لقولها ، إذ قد وافق وزاد خيراً . ولا يستحق الألف إلا بعد وقوع الطلاق، فإن طلق بعد الغد بطل الخلع وكان رجعياً للمخالفة . قلت : وكذا لو طلق فى الحال غير مؤقت بغد . « مسألة » فإن قالت : خذ منى ألفاً وأنت مخير فى تطليقى من اليوم إلى شهر ، فطلق فى الشهر لقصد الأخذ، استحق ما شرطت، لا بعد الشهر للمخالفة « مسألة » فإن قال: أنت طالق غداً على ألف، فقبلت فى المجلس فإذا جاء الغد وقع الطلاق خلعا واستحق الألف (ش) بل مهر المثل، ولا وجه له « مسألة »(الأكثر) ولا يشترط كون عوض الخلع من الزوجة، بل يصح من غيرها كثمن المبيع . و يصح مخالعة الأب والأجنبي عنها ، كما يصح مخالعتها بنفسها، إذ الطلاق إلى الزوج فلا يحتاج إلى قبولها إلا لالتزام العوض فقط ، فإن التزمه غيرها وقع الطلاق لكمال شرطه وصحة الالتزام ، وقد مر الخلاف (فرع) فإن قال الأجنبى أو الأب: خالعها وأنا ضامن بمهرها، فخلع فكما مر . فإن قال : وأنا ضامن بابرائك لم يصح خلعا، إذ الأبراء ليس بمال ، فلا يصح الضمان به فيقع رجعياً بالقبول فى العقد . فإن قال: خالعها على هذا العبد ـ وهو ملك لها دونه ـ صح الخلع مع جهل الزوج ، وتلزم قيمته ، كلو استحق العوض منها . ومع علمه وجهان : يبطل الخلع كلو عقده بغير عوض . قلت : و يقع رجعياً ، وقيل يصح كلو جهله (ى) وهذا أولى ، كلو خالع بشيء مستحق . (فرع) فإن قال : على هذا العبد الذى هو ملكها فوجهان (ى) أصحهما يكون خلعا و يلزم قيمته ، وقيل لا ، إذ هو مع العلم كالمعقود بلا عوض، فيكون رجعيا (فرع) فان قال الأب: خالع على هذا العبد من مال ابنتى الصغرى لمكان ولايتى ، فوجهان : يصح خلعه عنها كشرائه لها . وقيل لا،لظهور عدم المصلحة ، فيكون رجعيا . فان قال : على أنك برىء من مهرها ، فوجهان : يصح إسقاطه وضمانه فيكون خلعاً ، وقيل لا، لعدم المصلحة كما مرَّ « مسألة » فإن خالعها على مهرها وقد كانت أبرأت قلت : وقع خلعا مع جهلها كلو استحق ، و يلزم قدره ، وكذا مع جهل الزوج وحده ، وهي المبتدئة لأجل تغريرها ، فإن علم وقع رجعيا لبطلان العوض (ى) إلا أن يقول على مثل مهرها ، فيصح و يلزم مثله .

فصل . في الاختلاف

«مسألة» والقول لها في عدم إلزام العوض، إذ هو الأصل . وتثبت البينونة باقراره، فان أنكره الزوج ليثبت الرجعة ، فالقول له أيضاً كذلك . فإن بينت بطلت الرجعة ولزمها الألف (ى) فإن شاء أخذه ، و إن شاء تركه . قلت : بل لبيت المال لإنكاره استحقاقه حين عين ، و يصح شهادة رجل وامرأتين (ش) لا ، لنا ما سيأتي . وفي الشاهد واليمين تردد سيأتي إن شاء الله ، والقول لها أنه لم يقبل في المجلس، إذ الأصل براءة ذمتها وتثبت البينونة باقراره ، والقول للزوج في ذلك أيضا ، إذ الأصل عدم الطلاق . فان قالت : خالعتك مكرهة فوجهان : القول لها إذ الأصل براءة الذمة ، وللزوج ، إذ الأصل عدم الإكراه «مسألة» (هب ح مد) والقول للزوجة في قدر العوض وجنسه وعينه ، وعدم التأجيل بالطلاق ، إذ الأصل براءتها وعدم الأجل (ش) بل يتحالفان كالبيعين ، و يلزم مهر المثل، إذ لا يبطل الطلاق بعد نفوذه . قلنا : الظاهر معها .وقد قال ﷺ « البينة على المدعى » و يلزمكم انفساخ الخلع بعد التحالف للخبر ، وأنتم لا تقولون به ، فلم تعملوا بموجبه . « مسألة » (هب ح ش) : فان قال : أردت نقد بلد كذا ، أو قالت : بل بلد كذا . فالقول لها لما مر (قش) ، بل يتحالفان ، إذ النية كاللفظ في تصحيح العقد . (قش) لا تحالف هنا ، إذ لا يطلع على الضمير إلا الله تعالى، فيجب مهر المثل . « مسألة » (م) ، ولو تزوجها على ألف ثم قضاها به أرضا ، ثم خالعها على مهرها ، وجب له الألف ، إذ هو أصل المهر « مسألة » (م) فإن قال : خالعتك على هذا إن كان في ملكك - واليد لها - فقبلت ، طلقت . فإن استحق بعد أن تزوجت آخر بطل النكاح الثاني لبطلان طلاق الأول ، فترجع إليه إن استحق بالبينة أو علم الحاكم ، لا إن استحق بنكول الزوج أو إقراره أو رده اليمين . ولا يكفي إقرارها أن طلاق الأول كان كذلك ، بل تبين . « مسألة » فإن قال : العوض من مالك ؟ فقالت : من مال زيد . فالقول لها، إذ الأصل براءتها . فان قال : على ألف في ذمتك فقالت نعم ، لكن زيداً ضمن بها عني بينت ، إذ قد أقرت بلزومها . فإن قالت : خالعتني على ألف يجب على زيد دفعها عني ، فالقول للزوج ، إذ قد أقرت بوجوبها ، إذ لا يدفع عنها إلا ما يلزمها . فإن قالت : خالعتني على ألف لي في ذمة زيد (ى) فالقول لها، إذ الأصل براءتها (عش) وجهان: يتحالفان ثم يتراجعان إلى المثل . الثاني يرجعان إليه ولا تحالف ، « مسألة » (ى هب) ، فإن قالت : طلقتني ثلاثا بألف،

فقال : بل واحدة . فالقول لها ، إذ قد اتفقا على البينونة وعلى أنها فى يد نفسها ، كلو اختلفا فى قدر العوض أو جنسه (عش) ، وجهان فى التحالف وعدمه والرجوع إلى المثل .

باب فى تعليق الطلاق بالشرط والوقت

فصل

(يه قين) قال : (ى) وهو إجماع الصدر الأول ، ويتقيد بالشرط الممكن فيقف عليه لقوله تعالى (أوفوا بالعقود) وقوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم » (ن الامامية) لايقع بمجرد الشرط ، إذ لاعلقة بينهما ، ولا بمجرد الجزاء إذ هو معلق بالشرط ، ولا بمجموعهما إذ لا يجتمعان لعدم الشرط عند حصول الجزاء ، ولا بأمر خارج ، إذ لايعقل فبطل . قلنا : بل يقع بمجموعهما إذ هو معلق بحدوث الشرط ، وقد حدث ، وكسائر المشروطات (إن ينتهوا يغفر لهم ماقد سلف) (وإن جنحوا للسلم فاجنح لها) ونحوه . قالوا عند حصول الشرط عدم لفظ الطلاق ، فكيف يقع وقد عدم قلنا : عند وقوع الشرط كأنه تجدد اللفظ بإيقاع الطلاق ، وهو فائدة التعليق . « مسألة » (ه قين ث مد حق) ، وينفذ بالمقطوع به كطلوع الشمس ، إذ لم يفصل الدليل (بص هر يب ك) بل يقع فى الحال إذ من حق الشرط التردد فى وقوعه . قلنا : بل من حقه الحدوث فقط . قالوا : المقطوع به كالثابت فى الحال ، فلا يصح شرطا كالجسم . قلنا : فرق بينهما الحدوث . « مسألة » (هب قش) وإذا قيد بالمستحيل لم يقع ، لترتب المشروط على الشرط (تضى) فلا يقع المؤقت بالماضى كأمس (قش المروزى) بل يقع فى الحال ، ويلغو الشرط إذ من حقه تجويز وقوعه . قلنا : علقه به فوقف عليه والاستحالة لاتبطل التعليق لغة ولا شرعاً (فرع) ولا يصح الرجوع عن المشروط ولو قبل حصول شرطه كالطلاق (ى) ولو قال : قد عجلت المشروط لم يقع بل يقف على الشرط كالتأجيل قلت : وهوقوى : ولوادعى سبق اللسان إلى الشرط طلقت ناجزاً ، وإن أنكرت كالإقرار بالمطلق .

باب فى تعليق الطلاق

(قوله) «المؤمنون عند شروطهم» سيأتى .

قلت : يعنى ظاهراً (فرع) (هب الطبرى) ولو ادعى فى المطلق نية الشرط نفذ ظاهراً لا باطناً كالاستثناء بالنية (ش الاسفرايينى) بل و باطناً . إذ لا تأثير للنية وحدها ، لنا ما سيأتى (فرع) والمشروط إنشاء لاخبر فى الأصح كالمطلق (فرع) ويصح الشرط نفياً و إثباتاً مستحيلا أو جائزا من فعله أو فعلها أو غيرهما (فرع) ولو علق طلاقهن أوطلاق كل واحدة بدخولهن ، وقع بدخول الجميع ولو متفرقات ، إن لم ينو الاجتماع ، فان نوى أى واحدة دخلت طلقت ، ولولم تدخل الأخرى فله نيته للاحتمال (فرع) (ط ع هـ ى حص ك لش) ولا ينهدم الشرط إلا مع الثلاث ، فيطلق بحصول الشرط وهى تحته ولو بعد ناجزوزوج ثان ، مالم يثلث ، كلو وقع قبل الناجز (ن المروزى لش) بل يهدمه الناجز لقوله ﷺ «لاطلاق قبل النكاح» وهذاوقع قبل النكاح الآخر ، فلايصح. قلنا : مالم يثلث فكأنها فى نكاحه (مد الاسفرايينى المحاملى) لا ينهدم مع الثلاث أيضا إذوقع وهى فى نكاحه فلا مانع من وقوعه بعد التثليث كقبلها . قلنا : الثلاث قاطعة للملك بالكلية ، فكان ما قبلها كقبل النكاح لاما دونها (فرع) (ابن أبى الفوارس ى ه) ومتى تعدد الشرط لابعطف فالحكم للاول و إن تأخر وقوعه إن تقدم الجزاء إذ الظاهر أن الذى قيد بالجزاءهو الأول فقط ، إذلم يعطف عليه مابعده ، بخلاف ما إذا تأخر الجزاء فالظاهر كونه جزاء لكل ماتقدمه (أ كثر صش) بل يتقيد بمجوعها مقدما للآخر الذى يليه ، ثم كذلك يتعلق كل بصاحبه كقوله تعالى (ولا ينفعكم نصحى) الآية . قلنا : لانسلم ذلك إلا حيث التعلق ثابت بين الشرط كالآية (فرع) فإن تأخر الجزاء أوعطف المتعدد بأوأو بالواو مع إن فلواحد وهو ينحل إذ كل واحدشرط مستقل ، فلو وقعت الشروط معا تثلث عند أهل الثلاث ، فان عطف بالواو فقط لم يقع إلا بمجموعه (فرع)(ه) ولو كرر الشرط والجزاء لم يقع إلا واحدة إذ الطلاق لا يتبع الطلاق (الازرق) بل يتكرر مطلقا إذلا فصل بين الأول وما بعده فى المعنى (م) يتكرر إلا أن ينوى التأكيد فلنية مرادفة . لنا : الطلاق لا يتوالى (فرع) والفاء للتعقيب وثم مثلها بمهلة (ى) فإن قال : إن دخلت الدار و إن دخلت هند فأنت طالق ، لم يقع إلا بدخولها . قلت : وفيه نظر لتكرير إن . ولوقال إن دخلتما الدارين ، وقع بدخول كل واحدة الدارين معا ، لا كل واحدة داراً فى أصح الوجهين (فرع) (ى الفراء) وأنت كذا لوفعلت كذا ، مثل : إن فعلت مجازاً هنا للماضى ، وقيل لا يقع لتعليقه بالماضى (بعصش) بل

(قوله) «لاطلاق قبل النكاح» تقدم الكلام عليه .

يقع مطلقا، إذ هي هنا غير شرطية، وتقديره أنت كذا، لو فعلت لكان كذا. فرجع عن جعل الطلاق يمينا لحذفه الجواب، فصار كالمطلق إذلا تعليق حينئذ. وقيل بل يقع لكونها تعليلية، كأنت كذا لأجل كذا. قلت: والأقرب ألا يقع شيء مطلقاً، إذ يحتمل أن معناه: لوفعلت لكنت طالقا، لكن لم تفعلي فلا طلاق. نحو أكرمك الله لو أكرمتني، (فرع) (ه قين) ولو شك في وقوع الشرط لم يقع المشروط إذ لا ينتقل به عن اليقين (ك) لاوطء إلا مع تيقن الحل، ولا تيقن مع الشك. قلنا: التجويز غير معمول به شرعاً، فوجب استصحاب الحل (تضى) والأحوط أن يفارقها ويراجعها. قلت: ولعله أراد بفراقها اعتزالها حتى يراجعها، إذلاوجب التطليق (فرع) وإذا شرط ما لم يعلم إلا من جهتها كالمحبة والبغض، رجع إليها ويعمل بالمجاز حيث غلب على الحقيقة كلارغمن أنفك فتبر بإيثارصدره إلا لنية غيره والمعلل كالمطلق، إذ ليس بتقييد (فرع) (هب مد) ولو قال: إن فعلت كذا أنت كذا طلقت، وإن لم تفعل، إذلاتقييد لحذف فاء الجزاء (ابن سريج) بل يتقيد وإن حذفت، كلو قدم الجزاء. قلنا: خلاف الظاهر. فلو قال: إن دخلت الدار وأنت طالق طلقت في الحال إلا أن ينوى فعبدي حر أونحوه قيل إن صادقته. ولوقال: إن ابتدأتك بكلام فأنت كذا وكرر ذلك طلقت، وكذاما أشبهه. ولوقال إن كلمت زيداً ولاعمراً ولابكراً، طلقت بتكليم أحدهم ولو قال إن أقمت في هذا الماء أو خرجت منه وهي في جار لم تطلق، بخلاف الراكد أوفي هذا النهر إذ هو اسم للمكان. ولو قال: إن خرجت. فحملت كرهاً لم يحنث إذليست خارجة. ولو كانت على سلم فقال: إن صعدت أو نزلت منه فانتقلت عرضا إلى غيره لم يحنث. ولو قال وفي فيها تمرة: إن أكلتها أو تركتها، فأكلت بعضها لم يحنث. ولو قال إن لم تصدقيني أنك سرقت. فقالت سرقت لم يحنث وإن كذبت. ولو قال: إن سرقت فأخذت من بيته شيئاً لم يحنث إذخيانة الوديع ليست سرقة ولو قال إن بشرتيني فبشرته، لم يحنث ان كذبت ولو صدقت من بعد إذ البشارة هو الخبر الأول لا الصادق ولو قال: إن لم تخبريني بعدد كذا - وهو ملتبس - فقالت واحد اثنان حتى بلغت عددا يتيقن أنه فوق عدد ذلك، لم يحنث. ولو قال: إن خالفت أمرى لم يحنث لمخالفتها النهي ولاالعكس. ولو قال إن كلمت زيداً فكلمته حنث، وإن لم يسمع زيد إلا لبعده، وفي الأصم وجهان (فرع) (ه حص) وإن خرجت إلا بإذني أو بغير إذني فهو للتكرار لا إلا أن آذن لك ونحوه، إذ الباء للمصاحبة (ش) لا تكرار فيهما، إذ لا مقتضى. قلنا: الباء للمصاحبة فاقتضته (م)

ولو أذن سراً لم يحنث إذ ليس من الايذان . ولو قال إلى الحمام فخرجت الى غيره ثم عرض لها دخوله ولم ترده فى ابتداء الخروج لم يحنث إذ لم يكن خروجها إليه (فرع) (طا من الصباغ) ولو قال إن ضربت فلانا فضربته ميتاحنث لحصول الضرب (أكثر صش) لا، إذ القصد. الايلام قلنا: العبرة عند فقد النية بظاهر اللفظ ، وكلو ضربته ضرباً لا يؤلم ، وكلو قال : إن رأيت فلانا، فرأته ميتاً أو خلف زجاج أو نحوه ، حنث . لا فى مرآة . « فرع » (ط ى) ولو قال : ما عندى غير أو سوى كذا، حنث بالزيادة لا بذلك العدد ودونه، إذ القصد بهما نفى الزيادة ، بخلاف إلا كذا فيحنث بالنقصان كالزيادة (ع) لا، كغير وسوى . قلنا : الاستثناء للنفى والإثبات جميعا . « فرع » فإن قال: إن حلفت بطلاقك فأنت كذا ، وكرره طلقت ، إذ هو حاف . ولو قال : إن حلفت بطلاقك يازينب فعمرة طالق . ثم قال : اذا طلقت عمرة بالتخفيف فزينب طالق طلقتا ، لحصول الشرط . قلت : أما لو شدد لم تطلق زينب ، إذ فعل الشرط ليس بطلاق . (فرع) (قى م ط) ، ولو قال : إن لم أطلقك أو نحوه ، طلقت بموته قبل الفعل ، لأن إن لم للتراخى (قط) ، بل للفور . قلنا : وضع الشرط خلاف ذلك . (فرع) (هـ) ولو قال : إن ركبت وهى راكبة لم يحنث إلا إذا استمرت ، وكذا ما أشبهه . (فرع) ولا برح حتى يشترى رطلا من كذا بر بشرائه ، ولو سلم له البائع له غيره ، فإن اشترى معينا وانكشف مغشوشا بعد براحه حنث ، وكذا ما أشبهه ، ولا يحنث برديء الجنس مما سماه، لدخوله فى الاسم (ع) ولو حلف ليقرض فتهب لم بر لاختلافهما .(ط)فإن حلف ليأخذ برأيهما . (فرع) و يحنث الحالف ليفعلن المؤقت ، بخروج الوقت وهو متمكن من البر والحنث (يه قين) والمطلق لموته قبل الفعل، لانقطاع الرجاء . قلت : فلو انقطع قبل موته طلقت (ك ث ل) لم يحنث بشيء من جهته ، بل كالملجأ قلنا : تركه وقد أمكنه فكان بعذر كخروج وقت المؤقت (ط) ، وكذا لو ماتت كموته (الازرقى) لا، إذ تعذر البر لا من جهته، كليشربن هذا الماء فاهريق . قلت : وهو قوى . (فرع) ومن حاف ليفعلن اليوم كذا ، فعزم على الترك حنث ، إذ العزم على الترك ترك، فحنث به كخروج الوقت قبل فعله ، ولو حلف لافعل لم يحنث بعزم الفعل، إذ العزم على الفعل ليس فعلا ، بخلاف الأول. (فرع) وقبل موت زيد وعمرو بشهر . لقبل موت آخرهما به ، إذ علق بقبل اجتماع موتهما بشهر فتعين ماذكرنا (ح قو) ، بل بموت الأول وضعفه أبو الهيثم (هب ح) ويقع فى ابتداء الشهر (قو) ، بل عند الموت . قلنا : علق بهما جميعا فوقف عليهما ، كإذا دخلت هذه الدار

وهذه الدار ، وكذا الخلاف فى قبل موتى بشهر . « مسألة » ، ولا يقع من مكره ولو بالوعيد بأخذ مال له لقوله ﷺ «وما استكرهوا عليه» ونحوه . قلت : إلاأن ينويه به إذ صار بالنية كالمختار . فإن حلف مختارا حنث بالمخالفة ولو مكرها لماسيأتى . «مسألة» ولو قال : أنت كذا واحدة ، لا بل ثلاثا إن دخلت الدار احتمل رجوع الشرط إليهما (ى) إلى الآخر فقط . قلت : الظاهر خلافه كالاستثناء . « مسألة » (يه قين) ولا يجوز التحليف به مطلقا لقوله ﷺ « لاتحلفوا إلا بالله » (ن امامية) ، يجوز لقوله ﷺ «أفلح وأبيه» ونحوه .قلنا : ملاطفة لاقسما . (فرع) ، ولو قال : إن أكلت رمانة فأنت كذا ، أو إن أكلت نصفا فأنت كذا ، فأكلت واحدة طلقت اثنتين ، و إن قال : كلمافثلاثا . ولو قال : كلما كلمت رجلا ، كلما كلمت طويلا ، كلما كلمت فقيها ، فكلمت رجلا طويلافقيها تثلث عندأهل الثلاث . قلت : وكذا لوأتى بإن ، ولو قال لأربع : كلما طلقت واحدة منكن فأنتن كذا، ثم طلق واحدة تثنى عليها، وعلى الثلاث واحدة واحدة . ولوقال : كلما وقع على واحدة ، تثلث عليهن ، والوجه ظاهر . ولو قال : أنت طالق وطالق إن دخلت الدار طالقا بثلاث إن دخلت مطلقة رجعيا ، والوجه ظاهر . ولو قال : أنت طالق يافلانة ، لا، بل هذه طلقتا جميعا ،إذ لارجوع عن الطلاق ، ولو قال : أنت كذا إن دخلت الدار لا ، بل هذه احتمل كون الشرط لهما أو للأولى فقط، أو أن للأولى شرطين دخولها أودخول الثانية . ولوقال لغير مدخولة: إن حلفت بطلاقك وكرره لم يقع إلاواحدة ، إذ لايصح الحلف بطلاق البائنة . ولوقال : أنت كذا بمكة ، احتمل شرط كونه أو كونها بمكة ، فإن لم يكن له نية وقع فى الحال . ولو قال : إن قدم زيد فقدمه غيره كرها

(قوله) «وما استكرهوا عليه» ونحوه تقدم .

(قوله) « لا تحلفوا إلا بالله » لفظه عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ « لاتحلفوا بآبائكم ولا بالأنداد ولا بالله عز وجل إلا وأنتم صادقون » أخرجه أبو داود والنسائى . وعن ابن عمر «أن النبى ﷺ سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال: إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم، فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت » هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة .

(قوله) «أفلح وأبيه» ونحوه فى إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الترمذى من رواية طلحة «أن رجلا سأل النبى ﷺ عن الاسلام ــ وساق الحديث إلى أن قال: فأدبر الرجل وهو يقول والله لا أزيد على هذا ولا أنقص منه . فقال النبى ﷺ أفلح وأبيه ان صدق وسيأتى. قوله ﷺ وأبيك لو طعنت فى فخذها لاجزأ عنك»

أوميتا لم يقع . (ى) ولو قال : إن لم أبع عبدى اليوم ، فأعتقه وقع الطلاق عقيب العتق ، كخروج اليوم . قلت : وفيه نظر (فرع) فإن قال : إن كانت امرأتى فى السوق فعبدى حر ، و إن كان عبدى فى السوق فامرأتى كذا ، فوجدا به عتق ولم تطلق ، إذ عتق قبل الحلف بالطلاق ، فليس بعبده ، والعكس بالعكس . فان قال : متى أعتقت عبدى فأنت طالق ، فعتق بشرط متقدم على اليمين لم تطلق لتقدم الإيقاع ، بخلاف ما لو تأخر . ولو قال لامرأته وأجنبية : إحداكما طالق قبل قوله : أردت الأجنبية ، لاشتراك لفظ إحدى ، بخلاف قوله زينب أو أنت كذا ، وقال : أردت الأجنبية لم يقبل إذا أنكرت الزوجة إذ لا اشتراك فى ذلك .(فرع) (ى ابن الحداد ابن سريج المروزى) . ولو قال الابن لجارية أبيه ــ وقد تزوجها ــ متى مات أبى فأنت طالق لم يقع لانفساخه بموته (الاسفرايينى) بل يقع لترتب الفسخ على ملك الابن ، فالطلاق متقدم . قلنا لا ترتب حكمى . ولو قال : أنت طالق هكذا ــ وأشار بثلاث أصابع ــ وقع ثلاثا ، لا لو لم يلفظ بهكذا أو اكتفى بالاشارة . ولو قال : ملء الأرض أو السموات ، لم يقع إلا واحدة . ولو قال : السبع تثلث لاشارته إلى العدد ، وكذا ملء المساجد لواحدة ، فإن قال : الثلاثة تثلث . ولو قال الحر لزوجته الأمة ، إذا اشتريتك فأنت طالق ، وسيدها : إن بعتك فأنت حرة ، طلقت وعتقت بالبيع ، لحصول شرطيهما . قلت : وفيه نظر ، إلا على قول (م) ، ولو قال : إن لمست فلانا ، فلمسته ولو ميتا طلقت لا بلمس شعره أو ظفره ، وقذف الميت كلمسه . ولو قال : إن رأيت الهلال فرآه غيرها طلقت ، إلا أن يقول : عيانا (فرع) (ى) ولو قال لأربع : كلما طلقت واحدة فعبد حر ، واثنتين فاثنان وثلاثة فثلاثة ، وأربعاً فأربعة فطلقهن معاً ، عتق خمسة عشر ، لحصول شروطهم . وقيل سبعة عشر وقيل أربعة (فرع) (ابن القاص) فلو قال من له امرأتان : من لم أحلف بطلاقها فضرتها طالق ، طلقتا لحصول شرطهما ان لم يحلف فى الحال (ى) ضعيف ، لأن من لم ، مثل إن لم ، ولو قال لغير مدخولة إن طلقتك فأنت طالق ، ثم طلقها لم يقع إلا الناجزة لبينونتها (فرع) ولو سبته فقال : ان كنت كما قلت فأنت كذا ، طلقت ناجزا إن قصد المكافأة لا التعليق ، فإن كان لا نية له أو عزبت فالظاهر التعليق . ولو قالت : يايهودى ، فقال إن كنت كذلك فأنت طالق ، طلقت ان كان مثله فى الخساسة والصغار عند (الغزالى وأكثر صش) للعرف (الجوينى) لا ، إذ الظاهر التعليق . وكذا لو قال : ان رأيت مثل هذه اللحية فأنت طالق ، احتمل مثلها فى المكارم وهو العرف ، أو الصورة وهو اللغة ، والعرف أولى .

فصل

و إذا وقع الشرط وهى مطلقة ولو رجعيا لم يقع الطلاق المعلق به ، إذ هى حينئذ كالأجنبية لسكن ينحل الشرط بوقوعه ، فان لم يقع الشرط حتى راجعها وهى رجعية وقع المشروط اتفاقا . (ط ح قش) وكذا لو رجعت بعقد (قش) لا ، بل ينحل لتوسط الخلع ،كلو أوقعه قبل النكاح قلنا : اوقعه هنا وهى تحته فافترقا (فرع) (ط ع ش) فان طلقها ثلاثا ثم عادت اليه بعد زوج ثم فعلت الشرط لم يقع ، اذ ينحل مع الثلاث لما سيأتي (قش) يقع ، ولاوجه له (ط) ولو قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق ، ثم طلق امرأته ثم تزوج بها طلقت ، اذ أوقعه وهى تحته « مسألة » فإن قال للرجعية : إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت فعلى الخلاف فى كون الطلاق يتبع الطلاق، فأما فى المختلعة فلا يقع اتفاقا بيننا و بين (م ش) إذ الطلاق يتبع الطلاق عندهم فى الرجعية دون البائنة اذ هي حينئذ كالأجنبية (ح) بل يقع ، إذ العدة من أحكام الزوجية ، فولايته ثابتة ، فوقع طلاقه . قلنا : لا ولاية له ، وانما العدة لارتفاع الفراش فكيف يؤثر فى الولاية .

فصل

و يصح توقيته بمتى وحين ونحوهما ، وكلها على التراخي مطلقا ، إلا اذ مع ذكر العوض (ى وأ كثر صش) للفور كالمعارضات (المروزى) للتراخى كأخواتها ، نحو اذا أعطيتنى ألفاً . ومتى دخلت لم على أيها فللفور إلا إذا عند الأكثر ، فكإن لم (ش) بل للفور كمتى لم .

فصل

وشهر كذا الأول جزء منه (ثور) بل لآخره قلنا: كان دخلت الدار فتطلق بأوله. وغرة شهر كذا ورأسه ونهاره كذلك، وآخره وسلخه وانفصاله لغروب شمس آخره. وأول آخره لأول النصف الأخير، وأول آخر أوله لأول الخامس عشر عند (ق) واليوم للحال عرفاً ، و إذا مضى يوم فى النهار لمجيء مثل وقته، وفى الليل لغروب شمس تاليه (ع) وغداً و إذا جاء غد، وفى غد لطلوع فجره، وكذا غد اليوم (ط حص) وكذا اليوم إذا جاء غد لغد إذ هو شرط (ابن سريج) لا يقع اليوم ، إذ يتقدم المشروط ولا غداً لإيقاعه فى يوم قبله ، ولا يتأخر الوقوع عن الإيقاع . ولو قال اليوم غداً طلقت اليوم حيث

لانية، ولو قال أردت اليوم نصفا، وغداً نصفاً، وقع ثنتان ولو قال يوم كذا فبطلوع فجره (ح) بل بغروب شمسه، إذ هو موسع . ولو قال: أنت طالق إذا جاء غد، أو عبدي حر بعد غد ، لم تطلق غداً للتخيير و يخير في التعيين بعد غد. ولو قال : إذا مضت سنة ، اعتبرت من حين الحلف وتعتبر بالشهور لا بالأيام ، لقوله تعالى (قل هي مواقيت للناس والحج) فإن حلف بعد أيام من الشهر حسب منه اثنا عشر شهراً وكمل الايام بالعدد وما بعده بالأهلة (ح) بل إذا انكسر شهر انكسر بقية الشهور قلنا : لا ضرورة تصرف عن اعتبار الأهلة في غير المنكسر ولو قال إذا مضت هذه السنة فبانسلاخ آخرها .

فصل

و إذا علقه بزمان ماض لم يقع ، إذ علقه بمحال، وقيل يقع و يلغو التوقيت، كأنت طالق طلاقا لا يقع عليك. قلنا : هذا رجوع لا تعليق ، « مسألة » (ى) وقيل كذا للحال . قلت : حيث قطع بحصوله وقبيله لسبقه بيسير ولو قال مع موتى لم تطلق كبعده أو بعد انقضاء المدة « مسألة » ولو قال ثلاثا في ثلاث سنين أو ثلاثة أشهر أو ثلاثة أيام تفرق كذلك مالم يتخلل كال العدة (هب ح) ولو قال : متى رأيت هلال رمضان لم يحنث برؤيته قبل الزوال آخر شعبان، ولا برؤية غيره (ش) بل يحنث، إذ المراد العلم لقوله ﷺ « صوموا لرؤيته. فان غم فبمضي الثلاثين من شعبان» فإن قال إن رأيت هلاله بنفسي فغم حتى مضت ثلاثة أيام لم تطلق «مسألة» (هب ى ش) ولو قال أنت طالق إلى شهر ، طلقت بمضيه لنص (ع) وكون إلى للانتهاء (ح) بل في الحال ، لدلالة إلى على الابتداء مع الانتهاء . قلت : وهو قوى (فرع) و يوم يقدم ونحوه لوقته عرفا (ش) بل للنهار فقط . قلنا : العرف حاكم (هب الاسفراييني) ولو قال : إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق : فخرج اليوم ولم يطلقها ، طلقت آخر اليوم ، إذ انكشف به حصول شرط الطلاق الأول (ابن سريج) لا ، لفوات الشرط بخروج اليوم . قلنا بل حصل (فرع) و إن لم ، للتراخي إن لم يعين وقتا (م ط ح)

(قوله) «لنص (ع) » روى عن ابن عباس أنه قال في الرجل يقول لامرأته أنت طالق إلى سنة . قال : « هي امرأته سنة » حكاه في الانتصار ، ونسبه في التلخيص إلى البيهقي .

وكذا إذا لم (ى فو) بل هي الفور إذ هي زمانية كمتى. قلت: قد غلب عليهما معنى الشرط كإن «مسألة» وينحل الشرط بغير كلما بوقوعه مرة ولو مطلقة.

فصل

(أكثره) وإن شاء الله تعليق بإرادته (م) بل بتمكينه فقط (الجبائي) بل بإيجابه واضطراره (ووقين الحكم) بل لقطع الكلام عن النفوذ وبيان التردد (ك ل) لا يتقيد بهما الطلاق والعتق بل غيرهما، لقوله ﷺ «هزلهن جد». قلنا: هذا لا يقتضي الفرق (مد) يتقيد بها الطلاق فقط، إذ هو مباح، لا العتاق إذ هو قربة فلا يضيق بالشرط (ل عى) واليمين كالطلاق للعرف فيهما لا غيرها. لنا: الظاهر من الوضع اللغوي ماذكرنا، والفروق تحكم لا برهان لها (فرع) فلو قال: أنت طالق إن شاء الله، طلقت إن لم يكن قائماً بحقوقها عندنا لما مر، وإلا فلا، إذ لا يريد المباحات ولا يقع عند (قين) لما مر. ولقوله ﷺ «لم يحنث» ولم يفصل. قلنا: أراد حيث لم تحصل المشيئة جمعاً بين الأدلة (فرع) وإلا إن شاء الله مبني على ما مر (هب ى) ويا طالق إن شاء الله، طلاق مشروط كالإنشاء (أكثر صش) لا يتقيد النداء كيا رجل. قلنا: هو كالإنشاء عرفاً (فرع) وإذا علق بمشيئتها فأقرت بها وقع وان كذبت، وفي وقوعه باطناً على الكاذبة وجهان (ى) أصحهما الوقوع إذ لا طريق إلى حصول المشيئة سوى اللفظ (ى) وإن قالت: شئت أن شئت لم يقع وإن شاء، إذ لا مشيئة منها، بل تعليق لفظي، ولا مشيئة للمجنونة. وفي المميزة وجهان: أصحهما الوقوع ويكفي إشارة الخرساء بأنها قد شاءت ومشيئة الغير كمشيئتها (فرع) ولا بد من اتصال الشرط كالاستثناء

فصل

ويتقيد بالاستثناء إلا المنفصل (ع) ولو انفصل، وتؤول على تفسيره الاستثناء بالنية، وإلا

(قوله) «لم يحنث» عن ابي هريرة أن رسول الله ﷺ قال «من حلف فقال إن شاء الله لم يحنث» أخرجه الترمذي. وأخرج هو وغيره نحوه من رواية ابن عمر.

المستغرق ، إذ يكون رجوعا ، وقول (مد) لا يصح استثناء الأكثر مردود بقوله تعالى (إلا من اتبعك من الغاوين) . قلت : مع قوله تعالى (إلا عبادك منهم المخلصين) إن لم يسلم كثرة الغاوين (ى أكثر صش) و إرادته مع أول الجملة شرط (المروزى) لا إن نواه قبل الفراغ . قلنا : أصل النية المقارنة لمتعلقها لما مر ، إلا الدليل (فرع) و يصح الاستثناء من الاستثناء نحو ثلاثا الا اثنتين، إلا واحدة، فيقع اثنتان ، كقوله تعالى (إلا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين إلا امرأته) (فرع) (ه قين) وحكمه مقدما حكمه مؤخراً ، نحو أنت إلا واحدة طالق ثلاثا، فيقع اثنتان (بعصش) لا حكم للمتقدم ، إذ وضع الاستثناء لاستدراك شيء متقدم، فيقع الثلاث هنا . لنا : قول الشاعر * ومالى إلا آل أحمد شيعة * البيت ونحوه (فرع) و يلغو المستغرق و يصح ما قبله . و يصح العطف كالا واحدة و إلا واحدة (ه ح ش) فان قال ثلاثا إلا اثنتين وواحدة ، لغا الاستثناء فيقع الثلاث (فو) بل يلغو قوله وواحدة فقط ، إذ هو الذى حصل به الاستغراق ، فتقع واحدة . قلنا : العطف والمعطوف عليه كالشيء الواحد ، (فرع) ولو قال ثلاثا إلا نصف طلقة تثلث ، إذ كسره يتمم كما مر (بعصش) بل يلغو الكسر . قلنا: لا وجه له (هب) ولو قال: طلقتين ونصفا إلا واحدة، وقع ثنتان (ابن الحداد) بل يتثلث لرجوعه إلى الأقرب وهو النصف ، فيستغرق . قلنا : بل عائد إلى الجملة (هب المروزى) ولو قال طلقة وطلقة إلا طلقة، وقعت واحدة (ى ش) بل يرجع إلى ما يليه فيلغو . قلنا: بل إلى الجملة . ولو قال: أنت طالق وطالق ثم طالق إلا طلقة ، تثلث لعوده الى مايليه ثم فلغا . وكذا الفاء . و بل (فرع) (ى أكثر صش) ولو قال خمسا الا ثلاثا بقي اثنتان (أبو اسحاق وابن أبي هريرة) بل يتثلث إذ لا استثناء إلا مما يملكه وهو الثلاث واستثناء الثلاث من الثلاث لغو . قلنا : بل يرجع إلى جملة العدد ولو قال ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين، احتمل أن يتثلث لبطلان الاستثناء الأول لاستغراقه والثاني تابع له ، وأن يصح الثاني و يلغو الأول فتقع واحدة ، وأن يصحا فيقع اثنتان . قلت : وهو القوى عندى (فرع) (ه) ولو قال أنت طالق الا أن يشاء أبوك حبسك ، طلقت وان لم يظهر منه مشيئة حبسها، إذ قيده به (هب ح ش) وتعتبر المشيئة فى مجلس الايقاع أو الخبر بها إذ هو إيقاع وتمليك، لما مر أن التعليق بالمشيئة يقتضى التمليك، إذ فوض الأمر إلى صاحبها، فإن قال: أنت كذا إلا أن يشاء فلان حبسك. فتقديره: ملكت فلانا أمرك وأنت كذا إن لم يتملك. فان شاء فى المجلس فقد تملك و إلا وقع فى الحال، لأنه لا يصح قبوله بعد مجلس العقد أو الخبر به . قلت : أما لو علق

أواستثنى بمشيئة نفسه لم يعتبر المجلس حينئذ ، إذ لا تمليك ، وإنما يعتبر حصول الشرط فقط ، كسائر الشروط (ط) و إلاأن يفعل كذا ونحوه الفور . قلنا : لاتخصص به ، بل لغيره بالقرائن ، فان التبس فالظاهر أنهـــا للاستقبال (فرع) ولو قال الا أن يشاء أبوك ثلاثا احتمل فثلاث واحتمل فلا شيء .

فصل

و إذا علق طلاق الطاهرة بحيضها وقع برؤية الدم ان تم حيضا (ه المروزى الطبرى الصيمرى ف) فان كانت حائضا فبحيضة أخرى لاقتضاء الشرط الاستقبال . وقيل بل بما يتجدد من حيضها فى الحال إذ كل دفعة حيض . قلنا : ولو قال : كلما حضت تثلث فى ابتداء الثالثة ، فان قال حيضة فبانقضاء كل واحدة حتى يتثلث (فرع) ولو قال للحائض : متى طهرت فأنت طالق ، وقع للسنة فان قال للطاهرة فعلى الخلاف الماضى فى الحيض . فان قال : متى طهرت طهراً ، فكقوله : متى حضت حيضة ولو قال إن حضت يوم الجمعة فجاءه قبل فجرها لم يقع ، فان التبس مجيئه قبله أو بعده وقع حكما بأقرب وقت . و إن قال فى نهار الجمعة فابتدأها بعد طلوع الشمس وقع ، وفى قبل الشروق تردد (ى) الأصح لا يقع إذ النهار الشمس . ولو قال الصغيرة : إذ طهرت فأنت طالق لم يقع حتى ترى النقاء بعد الحيض . ولو قال للآيسة لم يقع أبداً لاستحالة الشرط . والقول لها فى حصول الحيض والنقاء لتعذر البينة ، إذ لا يعلم الرائى كونه حيضا . ولو قال : إن حضت فقلانة طالق ، فقالت حضت فكذبها لم يقع إذ لا يقبل قولها إلا فى حق نفسها قلت : فإن قال : إن حضتما فأنتما طالقان . فقالتا حضنا فكذب إحداهما وصدق الأخرى طلقت المكذبة لاستكمال شرطها ، إذ صدقت فى حق نفسها ، وصادق الأخرى بخلاف المصدقة إذ لم يصدق صاحبتها .

فصل

و إذا علقه بالولادة وقع بوضع متخلق ، فان ناكرها بينت بعدلة (ش) بل بأربع (ى ك) امرأتان . قلنا : تكفى العدلة كالنسب وسيأتى (الاسفرايني) يقبل قولهـا كالحيض . قلنا : اليقين هنا ممكن (ه ش) ولو قال كلما ولدت لم يتثلث بالثالث ، قلت : حيث هو بطن آخر لانقضاء العدة بالثانى (عش) يتثلث بحمل على مراجعتها بعد الثانى قلت : يعنى بعقد . و إذ قال : إن ولدت ولداً فأنت

طالق ، و إن ولدت غلاماً فأنت طالق، فولدت غلاما وقع ثنتان لكونه ولداً وغلاما كان كامت رجلا و إن كامت هاشمياً . فكامت هاشمياً وخروج بعض الولد ليس بولادة فإن قال : إن كان أول ماتلدين ذكراً فقلانة طالق ، و إن كان أنثى فأنت كذا. فولدتهما دفعة لم يقع .

فصل

(ق)فإن قال . متى حملت فأنت كذا، كف عنها بعدوطئها حتى يتبين بالقرائن ، ولا يطؤها فى كل طهر إلا مرة فقط . قلت : حيث ظن الحمل، إذ لا يبطل حقه بالشك (تضى) . ولو قال : إن كان ما فى بطنك غلاما فأنت كذا ، و إن كانت جارية فلا ، فولدتهما وقع، حيث لا نية ،لوجود الغلام و إن نوى مايحتمله اللفظ من الانفراد وعدمه فله نيته (هب قش) ولو قال : إن كنت حاملا فأنت طالق حرم وطؤها حتى يستبرئها بحيضة (قش) بل بثلاث . قلنا : الحيض لايكون مع الحمل فكفت واحدة . وتكفى حيضة قبل التعليق إن لم يطأها بعدها (ى قش) لا يعتد بما سبق الطلاق ، إذ هو سبب الاستبراء كالسبى . قلت : القصد هنا معرفة خلو الرحم .

فصل

(ى هب) ولا بدعة ولا سنة فى الحامل والصغيرة والآيسة . فان قال : لأيتهن . أنت طالق للسنة أو للبدعة أو لها أو لأيهما (ى) وقع بالرابع وتعذر الشرط فى الثلاثة الأول، فلم يقع شىء بها . قلت : وحكى(السيد ح) عن (ه ن ط ح ض زيد) ، أن طلاق هؤلاء للسنة (فرع) (ى هب) ولو قال لأيهن : أنت طالق للسنة إن كنت من أهلها فى الحال ، لم يقع لاستحالة الشرط (ش) يقع إذ المستحيل لغو عنده (فرع) فإن قال لغيرهن : أنت كذا للسنة ، وقع إن كانت فى طهر لم يجامعها فيه (ه ش) و إلا فبأول جزء من طهر بعده (حص) إن طهرت لأكثر الحيض فكذلك ، و إلا لم تقع حتى تغتسل، إذ الطهر فى الأول بمنزلة الغسل . قلنا : لادليل على الفرق ولو قال: أنت كذا للبدعة وقع إن كانت حائضا ، أو فى طهر قد جامعها فيه ، أو استدخلت ماءه لا بوطئها فى غير القبل . (فرع) (مح) ولو قال ثلاثاً للسنة تفرق على أطهارها كامر اعتباراً بالوقت والعدد فى السنة (ش ك) بل تقع الثلاث معا فى طهر لم يجامعها فيه، إذ لا يعتبران العدد ، لنا

مامر . ولو قال : أنت طالق واحدة للسنة وواحدة للبدعة وقعت واحدة فى الحال ، إذ لاتخلو من أيهما ، والثانية عند حصول شرطها . ولو قال : أنت طالق رأس الشهر للسنة ، طلقت رأس الشهر إذا وافق السنة (ى) و إلا فمتى وافقها بعده . قلت : وفيه نظر . « مسألة » (على ى) ، ولو قال أنت طالق طلاق الحرج وقع الثلاث ، إذ الحرج فيها وهو الإثم والتضييق (ش) بل يقع بالبدعى. قلنا : البدعة بغير الثلاث يمكن استدراكها فكان أخف حكما . والحرج محمول على الأغلظ إذ هو الضيق والندم ، ولا يقتضيهما إلا فوت الزوجة بحيث يكون غيره أحق بها . « مسألة » ولو قال: أنت طالق البتة احتمل الثلاث وعدمه ، لقوله ﷺ لركانة «ماأردت بالبتة» الخبر . فله نيته ، فلو لم يكن له نية فلا تثليث اذ الأصل عدمه .

فصل

ومهما لم يكرره لفظا ولا نية لم يقع إلا واحدة ، إذ لامقتضى للتكرار (ى هب ش) ، ولو قال : أنت طالق ونوى التكرار تكرر كالاستثناء بالنية إذ للنية تأثير حيث يحتملها اللفظ (ك) لايكفى مجرد النية ، كلو نوى الثلاث ولم يلفظ ، قلنا : لا لفظ هناك يحتملها فافترقا . (فرع) (م ش) والكناية فى ذلك كالصريح لاحتمالها (ح) أما الكناية الظاهرة كخلية وبرية ونحوهما ، فإن نوى به واحدة أو اثنتين وقعت واحدة بائناً وثلاثا ، وأما الكناية الباطنة فواحدة رجعية . ولو نوى أكثر (ك) إن خاطب بالكناية الظاهرة غير المدخولة ولم ينو الطلاق وقعت الثلاث ، و إن نواه وقع مانواه ، وأما الباطنة فيقع مانواه من التكرير فلو لم ينو فواحدة رجعية . قلنا: لادليل على هذه التفرقات ، بل الصريح والكناية فى ذلك على سواء . «مسألة» ولو قال المدخول بها : أنت طالق واحدة بائنة ، وقعت رجعية اتفاقا ، ولو قال واحدة ، ونوى اثنتين ، فلا تأثير للنية فى الأصح ، إذ لايحتملها اللفظ . ولو قال : أنت طالق طلاقين وقعت اثنتان كمرتين . ولو قال : ياألف طالق وقعت ثلاثا ، لقول (ع) طلقت برأس الجوزاء والباقى إثم فى رقبتك» الخبر (ى محمد ابن الصباغ) ، ولو قال : أنت طالق كألف ، ولا نية له وقعت ثلاثا ، إذالقصد تشبيهها بالألف عدداً (ح ف) ، بل واحدة ، إذ المعنى واحدة تشبه ألفاً . قلنا: لانسلم ، بل المعنى طلاق كألف « مسألة » (ى) ولو قال : أنت كذا ، أنت كذا ، أنت كذا ونوى التثليث فى الأولى لم يقع الأخريان لبينونتها ، وإن لم ينو فواحدة إن نوى بالأخريين

التأكيد ، أواثنتين إن نوى بأحداها التأكيد ، فإن قال : أردت بالثالثة تأكيد الأولى لم يقبل لفصله بالثانية ، و إن لم ينو شيئا مع التكرار فالظاهر التثليث لا التأكيد فى الأصح ، فإن فصل بين كل اثنتين بسكوت طويل لم يقبل قوله أردت التأكيد ، ودين باطنا. فلو قال : أنت طالق وطالق وطالق ، احتمل التأكيد بين الآخريين لا الأولى .

فصل

(على ٢ عو زيد) ثم (ه قين) والثلاث بألفاظ على غير المدخولة واحدة ، لبينونتها بالأولى (ك ل عش عى) ، بل يتثلث إذ هو كالكلمة الواحدة ، كانت كذا ثلاثا . قلنا : بل الألفاظ تخالف اللفظ . « مسألة » (صا باسا هق بص و و جابر بن زيد) ، فإن قال : أنت كذا ثلاثا فواحدة أيضاً ، كالألفاظ ، إذ قوله ثلاثا منفصل، فوقع واحدة بما قبله (على ع عم عاره) ثم (دن الداعى م ى قين ك) بل يتثلث أيضا ، إذ قوله ثلاثاً تفسير لطالق وهو يحتملها . قلنا : ينبنى على أن الطلاق يتوالى وقد أبطلناه . سلمنا ، فطالق وحده لايحتملها . «مسألة» ولو قال : أنت طالق مع طلقة أو تحت طلقة أو معها أو تحتها طلقة أو فوق طلقة أوفوقهاطلقة أو قبل طلقة أو قبلها طلقة وقعتا معا إذ لا يتقدم الوقوع على الإيقاع فى قبلها طلقة ، وقيل مترتبتين كقبل موتى بشهر (ى) ولا خلاف فى وقوعهما جميعاً بين من يجوز توالى الطلاق ، فإن كانت غير مدخولة فواحدة فقط . « مسألة » (قين) ولو قال لغير مدخولة: أنت بائن ، ونوى التثليث تثلث إذ يحتمله اللفظ (ك اللؤلؤى من صح) بل واحدة إذ لاتأثير للنية فى العدد . قلنا : بل تؤثر لما مر .

فصل

ولو قال: واحدة فى اثنتين ، وأراد الضرب وهو يعرفه وقع اثنتـان ، فإن قال : اثنتين فى اثنتين فأربع ، لكن تلغو الرابعة ، فإن قال : أردت أن هذا مقرون بهذا تثلث فى الصورتين ، فإن قال : أردت الضرب ولا أعرفه فوجهان : يلزمه موجبه لقصده ، و إن لم يعرفه ، أو تقع واحدة وتلغو الأخرى لجهل معناه، كتكلم أعجمى بكلمة كفر عربية لايعرف معناها وقصده (ى) وهو قوى . (فرع) (ى ح ش) فإن لم ينو شيئا فواحدة إذ لامعنى لقوله فى اثنتين مع عدم النية (المروزى) بل يقع موجب الضرب لظاهر اللفظ . « مسألة » ولو قال : من واحدة

إلى ثلاث احتمل الثلاث والثنتين ، إذ جعل الثلاث حداً ، وواحدة ، إذجعل الأولى والثالثة حدا للابتداء والانتهاء . «مسألة» (هـ ب ش) ولو قال : ملء كذا فواحدة رجعية إذالصوت عرض لايتكاثف ، (ح) بل بائنة إذ قصد الاعظام . قلنا : لم يقصد العدد ، ولو قال : أشد الطلاق أو أغلظه فواحدة اتفاقا (ش) رجعية (ح) بائنة لما مر . ولو قال : قبل أن تولدى، فلا شيء إذ لاطلاق قبل النكاح .

فصل

والتحبيس والدور والتنافى بمعنى واحد ، وصوره عامة وخاصة ، فالعامة : كلما وقع عليك طلاق فأنت طالق قبله ثلاثا ونحوه . والخاصة ، إذا طلقتك طلاقا رجعياً فأنت طالق قبله ثلاثا فيتحبس الرجعى ، أو إذا طلقتك ثلاثا فأنت طالق قبله ثلاثا فيتحبس التثليث فقط ، أو أنت طالق اليوم ثلاثا إن طلقتك غدا فيتحبس تطليق غد ونحو ذلك ، أو إن لم أحج هذه السنة فأنت طالق ثلاثا . ثم قال : قبل أن يحنث ، إن حنثت فى يمينى فأنت طالق قبله . ثلاثا : فحبس التثليث الأول . ذكره (الطبرى) وعمل به . « مسألة » (ح بعض ش) ولا يصح التحبيس ، ثم اختلفوا ، فقيل يقع الناجز والمعلق ، إذ لايصح أن يسبق المعلق شرطه ، وتلغو الرابعة (الطبرى ابن سريج ابن الصباغ) بل يقع الناجز ويلغو المعلق لرفعه صحة وقوع الناجز وهو صادر من مكلف مختار . فلو قال : متى انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثا ، ثم ارتد وقعت الثلاث إذ لم تمنع الفسخ (المروزى الاسفرايينى القفال المحاملي ابن الحداد العمرانى الغزالى ى هب) ، بل يصح التحبيس ، فلا يقع الناجز بعد ما لصحة تعليق الطلاق بالشروط والأوقات ، ثلاث فلو قع الناجز كشف عن وقوع الثلاث ووقوعها يمنع وقوعه فتمانعا . قلت : الأقرب عندى صحته على وجه دون وجه ، فيصح لا على جهة الشرط ، نحو : أنت طالق ثلاثا قبل أن يقع عليك طلاق متى بساعة ؛ أو نحو ذلك . فيصح كأنت طالق قبل موتى بشهر وفاقا . وإذا صح تمانعا . وأما مع الشرط فلا ، نحو : متى وقع عليك طلاق إلى آخره ، لتأديته إلى تقدم وقوع الجزاء على الشرط وهو مستحيل قطعا ، فيلغو كأنت طالق أمس (ح بعض ش) ، بل يقع الناجز وتمامه من الثلاث . قلنا : الثلاث متعلقة بمستحيل وهو تقدمها على شرطها فلم تقع (ابن سريج ، وأتباعه) يقع الناجز فقط . قلت : أما

مع عدم الشرط فلا ، لوقوع الثلاث قبله،إذ منع وقوعها يؤدى إلى توقيته بمستقبل ، ومنعها وقوع الناجز لايقتضى أن تبطل قاعدة مجمع على صحتها ، وهو التوقيت بالمستقبل فهذا تحقيق هذه القاعدة

باب

والرجعى ما كان بعد وطء على غير عوض مال وليس ثالثا كما مر ، والرجعة مشروعة فيه إجماعاً ، ولو بغير رضاها ووليها فى المجمع عليه ، لقوله تعالى (وبعولتهن أحق بردهن) (فامساك بمعروف) ونحوهما ، ولمراجعته ﷺ حفصة ، ومراجعة ركانة و (عم) بأمره ﷺ .

فصل

وصريح لفظها : راجعتك وما تصرف منه إجماعاً ، فلا يفتقر إلى نية كما سيأتى ، وفى رددتك وأمسكتك تردد (ى) الأصح صريح لقوله تعالى (أحق بردهن) (فأمسكوهن) ، وكذا نكحتك ونحوه . الأصح صريح كما فى أصل النكاح . « مسألة » ، وكنايتها : كأعدت الحل الكامل بينى و بينك ، أو أدمت المعيشة بيننا (ى) ،ولا تنعقد بالكناية و إن نواها كالنكاح (ش) بل تنعقد بها كالطلاق. قلنا : تشبيهها بالنكاح أولى . « مسألة » (ه الحنفية ك ث ل عى حق) و يصح بالوطء و إن لم يلفظ ، إذ العدة مدة تخيير ، والاختيار يصح بالقول والفعل كخيار البيع (ى ش) وطء محرم فلا تحل به كالمختلعة . قلنا : عدة المختلعة ليست مدة تخيير فافترقا (فرع) (لهم قش) و يلزمه بالوطء المهر راجعها بعده أم لا (ى قش) لا، إذ أصل ملك النكاح باق بدليل التوارث . (فرع) ، ولا تستأنف العدة عندهم ، إذ يتداخلان لكونهما من واحد « مسألة » (ى ه ك) والرجعة بالوطء ومقدماته محظورة ، و إن صحت . قلت : إن لم ينو به الرجعة فنعم، لعزمه على قبيح و إلا فلا . لما مر (مد) بل مباح لقوله تعالى (إلا على

باب والرجعي الخ

(**قوله**) « ولمراجعته ﷺ حفصة » تقدم .
(**قوله**) « ومراجعة ركانة وابن عمر بأمره » تقدما .

أزواجهم)، والرجعية زوجة بدليل صحة الإيلاء . قلت : إن نوى به الرجعة فنعم، و إلا فلا لما مر (ى ش) كان (عم) يتجنب سكة زوجته حتى راجعها . قلنا : حين لم يرد رجعتها . «مسألة» (هب) ومقدمات الوطء رجعة كتقبيل الأمة فى مدة الخيار (ح) التقبيل واللمس ونظر الفرج رجعة لا نظر سائر الجسد (ك) التقبيل ليس برجعة . قلنا : لاوجه للفرق . (فرع) ، ويصح بوطء غير العاقل كاتلاف مافيه خيار ، ولو حائضاً أو محرمة أو مكرهة ، لا بلفظه إلا السكران على الخلاف فى طلاقه . (فرع) ولاحد عليه عند من حرم الوطء وان علما ، إذ الخلاف شبهة (ى) كنكاح خلا عن ولى وشهود ، لكن يعزران إن علما . قلت : وسيأتى له خلافه . (فرع) (ه) ويحرم مراجعتها لمنعها التزويج ، إذ هو ضرار وعليه إشعارها لئلا تزوج جاهلة و إلا أساء لقوله ﷺ « ملعون من خان مسلما أو غره » فإن نكحت بعد العدة جاهلة بالرجعة فباطل مع البينة (تضى) بل ينعقد النكاح وتبطل الرجعة (ك) هى للثانى إن دخل بها جاهلا للرجعة . قلنا : لا وجه لذلك .

فصل

وتصح من العبد وحال الحيض وفى البدعى والسنى، اذ لم يفصل الدليل « مسألة » وتصح مشروطة، إذ هى إمساك لاعقد (ش) لا، كالنكاح . قلنا : النكاح عقد فافترقا . وتصح من الأخرس كالنكاح لا من السيد عن عبده ، لقوله تعالى (أحق بردهن) وليس ببعل (هب ى) و يصح توكيلها بها كشراء الأمة ، وقيل لا ، كالنكاح . قلنا : خصه الخبر وهذا تقرير لا انكاح «مسألة» (يه حص قش) ولا يعتبر فيها الاشهاد، لقوله ﷺ « فليراجعها » ولم يذكره (ن قش) يجب لقوله تعالى (فأمسكوهن بمعروف) إلى قوله (وأشهدوا ذوى عدل منكم) والأمر للوجوب . قلنا : عائد إلى التسريح مخافة الانكار ، لكن يستحب « مسألة » (ه حص ش) ولا تعتبر النية (ك حق)

(قوله) « كان ابن عمر يتجنب سكة زوجته » الخ . عن نافع « أن ابن عمر طلق امرأة له فى مسكن حفصة زوج النبى ﷺ ، وكان طريقه إلى المسجد ، فكان يسلك الطريق الأخرى من أدبار البيوت، كراهية أن يستأذن عليها حتى يراجعها» أخرجه الموطأ .

(قوله) « ملعون من خان مسلماً أو غره » تقدم الكلام عليه .

« الأعمال بالنيات » . قلنا : مخصوص بالآية وقوله ﷺ « فليراجعها »ولم يذكر النية. و بالقياس على صرائح العقود «مسألة» (هب ع ط م)وتصح مبهمة كراجعت من طلقت،فان قال:راجعت إحدا كن ، ثبت أحكام اللبس فى الطلاق وقد مر « مسألة » (ع ط) و إذا ارتد أحدهما فى العدة فلا رجعة ، لحصول البينونة، ولا تعود بعوده إلى الاسلام إذ بانت بنفس الردة (م ي ش) بل تعود إذ لا تبين إلا بانقضاء العدة . قلنا : لا ، كلو طلقها ثلاثا واذا لزم استبقاؤها أو سبق العدة على الفرقة (فى) يصح رجعتها حال ردتها ،وتكون موقوفة على اسلامها فى العدة.«مسألة» (ى) ولا تكون الخلوة رجعة إجماعاً * « مسألة » ولو وطىء بعد العدة جاهلا لمضيها فلا حد ، وعليه المهر، ولا يتكرر بتكرر الوطء مالم يسلم كالحد أو يحكم به . ولا تفتقر الرجعة إلى مهر وعوض للخبر(عم) « مسألة » (يه حص) وتصح الرجعة مالم تغسل الحائض جميع بدنها من آخر حيضة (ط) أو يعلم وجوبه ولا يقين إلا بأن يمضى عليها وقت صلاة، إذخروج وقت المؤقت بمنزلة فعله، لتعلقه به.ووجه ذلك قوله تعالى(وأحصوا العدة) والإحصاء إنما هو بحجر الفرج بالاغتسال أو ما فى حكمه ، و إذ القصد بالعدة الصلاحية للزوج ، ولاصلاح قبل الغسل (م ى ش) بل النقاء كاف ، لقوله تعالى (أن يضعن حملهن) ولم يعتبر الغسل : ولأنه إنما شرع للصلاة وحل الوطء لا للرجعة . قلت : وهو قوى ، والاحصاء استيفاء المدة (ث فر) لا تنقضى العدة حتى تغتسل و إن طالت المدة(ح) بانقطاعه لأكثر الحيض أو الغسل أوالتيمم مع صلاة «مسألة» (ه) وله الرجعة مالم يعم الغسل جميع بدنها (تضى) مهما بقى عضو . قلت : القوى قول (م) (فرع) (هب فو) والتيمم كالغسل مع العذر وان لم تصل به كالغسل ، (ح عف) لا يكفى إلا مع صلاة ، لنقصانه فيكمل بالصلاة . قلت القوى قول (م) « مسألة » (فو هب) والفرقة باختلاف الدينين فسخ لا طلاق(ن) مطلقا كلك أحدهما الآخر (يه ش ك) ولو أسلمت دونه ، إذ جاء الفسخ من جهتها (ح محمد) بل طلاق هنا إذ جاء من جهته ، لتخلفه عن الإسلام فان أسلم دونها (ه ع ش) فطلاق رجعى ، إذ جاء من جهته (ح فو) بل فسخ ذ جاء من جهتها لكراهتها الاسلام . قلت : قول (ن) أظهر (ى) إذ لا طلاق إلا بلفظ .

فصل

و إذا ادعت الرجعية انقضاء العدة فى مدة ممكنة معتادة كثلاثة أشهر فصاعداً ، قبلت إجماعاً

إذ قوله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن) يقتضى تصديقهن «مسألة» (ه) وتبين بعدلة فى الممكنة غير المعتادة كتسعة وعشرين يوماً «لتقرير (على عليه السلام) قول شريح ببطانة من أهلها» الخبر ولم ينكر (قين) بل بين الزوج الآية والمدة ممكنة . قلنا : ادعت خلاف الظاهر لتبطل حق الزوج من الرجعة فلاتقبل . وأما فى غير الممكنة كثمانية وعشرين يوما فلا تقبل إجماعاً (فرع) (ه) و تحلف مع بينتها فى غير المعتادة احتياطاً (ى) وفيه نظر ومهما لم تبين فللزوج الرجعة . قلت : مالم يظن صدقها « مسألة » ولا تصح شهادة الرجل فى ذلك إجماعاً (ه الحنفية ث الشعبى) بل تكفى عدلة ولا يضر تجويزه دم جرح باطن الفرج، إذ الواحدة والكثير سواء فى ذلك (ش) بل أربع ليكن كرجلين (ك) وعن (ل) بل امرأتان ، اعتبارا بالعدد (البتى) بل ثلاث تأكيداً بالثالثة لنقصانهن . قلت : قبل رسول الله ﷺ شهادة القابلة الواحدة فى الولادة للنسب (فرع) (ع) وتسمع شهادة عدلين على مضى المدة الممكنة بعد الطلاق ، ثم القول لها فى استكمال الحيض فى المعتادة كما مر * « مسألة » والقول لمنكر الرجعة بعد التصادق على انقضاء العدة (ه ش فو) و يحلف (ح) لا ، إذ هى على فعل الغير . قلت : وقبل التصادق وقد مضت المعتادة القول لمن سبق منهما ، إذ الظاهر معه. فإن راجعها ثم ادعت الانقضاء وأنكره فالقول له ويحلف ، إذ الظاهر معه قبل دعوى الانقضاء، والقول له فى وقت الإيقاع إذ هو من جهته « مسألة » (ى المروزى) و إذا اتفقا على أن الانقضاء يوم كذا، واختلفا فى وقت الرجعة، فالقول لها كما مر (العراقيون والخراسانيون) من (صش) بل قوله ، إذ يدعى عدم الانقضاء بتقدم الرجعة (بعصش) بل قول من سبق بالدعوى قلت : وهو الأقرب للمذهب (ه المروزى) واذا ادعت الانقضاء بسقط بينت بعدلة للانكار (ش) بل تصدق كالحيض لنا . مامر

(قوله) «لتقرير على عليه السلام قول شريح» الخ . روى « أن امرأة طلقها زوجها فادعت انقضاء عدتها فى شهر ، فقال أمير المؤمنين على عليه السلام لشريح ــ وكان قاضياً له ــ احكم بينهما ، فقال : إن جاءت ببطانة من أهلها ممن يرضى دينه و خلقه يشهدون أنها حاضت ثلاث حيض فهى كما قالت ، وإلا فهى كاذبة . وقضى بذلك وحكم به فصوبه أمير المؤمنين فيما حكم به ، وقال له : قالون ياشريح : ومعنى قالون : أصبت » هكذا حكاه فى الانتصار ، ونحوه فى أصول الأحكام .

(قوله) « قبل شهادة القابلة الواحدة » حكاه فى الانتصار من رواية حذيفة .

باب العدة

الأصل فيها قوله تعالى (يتربصن بأنفسهن) ونحوه. وقوله ﷺ لسودة «اعتدى» كانيا عن الطلاق وهى مشروعة إجماعاً «مسألة» (ى ه) والقرء بفتح القاف وضمها حقيقة فى الحيض مجاز في الطهر (بعض) بل العكس (الأكثر منهم) بل مشترك (الأخفش الصغير) بل اسم لانقضاء الحيض. ولا خلاف أن المراد بالآية أحدهما لا مجموعهما (على و ٢ أبو موسى عو) ثم (ه ص ى ث حص لح) المراد به بالآية الحيض، إذ هو الحقيقة لسبقه الى الفهم، سلمنا فقد كثر استعماله ﷺ إياه لقوله للمستحاضة «دعى الصلاة أيام أقرائك» «صل ما بين القرء الى القرء» فحمل الملتبس عليه لغلبته، وإذ لا يقال للآيسة ذات قرء. ولقوله ﷺ فى السبى «حتى تستبرأ بحيضة» وفى أم الولد «عدتها حيضتان» (عم زيد عا) ثم (صابا إمامية هرعه ك ش فقهاء المدينة وعن على) بل الأطهار لقوله تعالى (ثلاثة قروء) فذكرها. قلنا: اعتباراً باللفظ كثلاثة شخوص لنسوة. قالوا القرء: الجمع، واجتماع الدم فى الرحم إنما يكون فى الطهر. قلنا: بل كمال اجتماعه وقت خروجه. قالوا (فطلقوهن لعدتهن) أى فيها، والمراد الطهر. قلنا: بل أراد مستقبلات، فهي حجة لنا «مسألة» (ه حص قش) والخلوة توجب العدة لقوله تعالى (والمطلقات يتربصن بأنفسهن) ولم يفصل وقول على عليه السلام «إذا أرخى أحدكم الستر» الخبر ولم ينكروا إذا لزم المهر لزمت العدة (ع عو) ثم (ش) لا، لقوله (ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن) الآية، والخالى لم يمس. قلنا: قول على كالتخصيص إذ لم ينكر (ك) الخلوة تقوى دعوى الإصابة، وإلا فلا تأثير لها. لنا مامر (فرع)

باب العدة

(قوله) «وقوله ﷺ لسودة اعتدى» حكى فى الانتصار أن النبى ﷺ قال لسودة: «اعتدى يا سودة، فجعلته كناية فى طلاقها».

(قوله) «وقول على عليه السلام إذا أرخى أحدكم الستر» الخبر هذا. الخبر فى هذا الموضع من الانتصار عن عمر لا عن على عليه السلام، ولفظه «إذا أرخى أحدكم الستر عليه وعلى امرأته وأغلق الباب فقد وجب المهر، فما ذنبهن إن جاء العجز من قبلكم» انتهى. لكن قد تقدم فى باب المهور عن على عليه السلام وأبى بكر وعمر ما يدل على المطلوب هنا.

ولا عدة على غير المدخولة إجماعاً للآية (هب) ولا تعتد المدخولة عما طلقت وهى فية من الحيض (ش) من الطهر لقوله (لعدتهن) أى مستقبلات اذ « قرأ ﷺ فى قبل عدتهن » « مسألة » (على بص د ه) ثم (ه ن تضى) وهى من حين العلم للعاقلة الحائل ومن الوقوع لغيرها لقوله تعالى (يتربصن) واذا مضت بغير علمها فهي غير متربصة فتستأنف ولا تبنى (ق م ى قين ك) بل من الوقوع، إذ هو السبب، ولا تأثير للعلم والجهل فتبنى قلت: وقوله تعالى (يتربصن) يعنى ينوين اذا علمن والا فلا، كالمجنونة والصغيرة (عمر بن عبد العزيز) ان ثبت الموت أو الطلاق بالبينة فمن الوقوع، وإن ثبت بالسماع فمن العلم إذ البينة تشهد على السبب وكانت من وقته، بخلاف السماع فهو العمدة فكانت من وقته. قلنا: هذا ليس بطريق شرعى، والآية أولى

فصل

وهى إما عن طلاق أو وفاة أو فسخ فالأولى لا تجب إلا بعد دخول أو خلوة بلا مانع عقلى لما مر « مسألة » (يه م د) وهى فى المطلقة الحائض ثلاث حيض فى الحرة والأمة إذ لم يفصل الدليل (ن قين) قال رسول الله ﷺ « عدة الأمة حيضتان ». قلنا: معارض بالآية وهى أرجح. قلت: وفيه نظر، لاحتمال كونه تخصيصاً لها فان لم يعلم تأخره فالآية أولى « مسألة » والخلوة الفاسدة بأمر شرعى توجب العدة، لإمكان إيصاله الماء الرحم، بخلاف العقلى كصغر أيهما أو مرضه المثخن أو حضور الغير. وتستحب للخلوة بصغيرة أو صغير يشتهى كالخماسية ونحوها «مسألة» (ه) والمستحاضة الذاكرة لوقتها تحرى للعدة، كالصلاة، إذ هى ذات قرء لقوله ﷺ «أيام أقرائك» والناسية تربص كما سيأتى إن شاء الله «مسألة» واذا انقطع الحيض لعارض معلوم كالرضاع، أو تباعدت النوبة، كفى السنة حيضة، انتظرت عوده إجماعاً، لقوله تعالى (وأحصوا العدة) ولحكم (على وزيد وعثمان) بذلك فى امرأة حبان، ولم يخالف « مسألة »

(قوله) « عدة الأمة حيضتان » تقدم.
(قوله) « أيام أقرائك » تقدم فى الحيض.
(قوله) «ولحكم على عليه السلام» الخ. روى أن حبان بن منقذ طلق امرأته طلقة واحدة وله منها ابنة ترضعها، فتباعد حيضها ومرض حبان بن منقذ فقيل له: إن مت ورثتك، فمضى إلى=

(على ٣ زيدعو) ثم (ه ح ش) وإذا انقطع الحيض لا لعارض معروف تربصت حتى يعود فتبنى أو تيأس فتستأنف بالأشهر، لقوله (واللائي يئسن من المحيض) الآية. فعين الأشهر للآيسة والصغيرة لا غيرهما (٢ ع ك مد قش) بل تربص تسعة أشهر لتعلم براءة رحمها بمضي معتاد مدة الحمل ثم تعتد بالأشهر تعبداً كالآيسة (ه ش) بل تربص أكثر مدة الحمل لتعلم البراءة، ثم تعتد كالآيسة (ى) تربص أربعة أشهر وعشرا لتعلم البراءة بمضي أكثر العدة المشروعة، ثم تعتد كالآيسة اتقاء للاضرار بانتظار الأياس للآيات التي مرت في الفسخ. قلت: وهذه الأقوال الثلاثة مبنية على القياس المرسل، اذ لم تستند إلى نص، ولا إلى أصل معين. والأقرب قياسها على الضهياء اذ قوله (واللائي لم يحضن) كالمصرح باعتدادها بالأشهر وليست آيسة. والعلة عدم الحيض، لا على جهة تراخي النوبة. وكذلك من انقطع حيضها، لحصول العلة الجامعة. ومن قال تربص الضهياء محجوج بالآية (صابا قن) لا تربص بل تعتد بالأشهر من فورها. قلت: لعلهم يعنون بعد مضي وقت عادتها، وإلا فلا وجه له (فرع) (ى) وإنما تنتقل إلى الأشهر عند غلبة الظن بانقطاعه، كالعمل بالعموم عند ظن فقد التخصيص. قلت: والظن يحصل عنده بمضي أربعة أشهر وعشر كما مر. والأقرب عندي أنه يحصل بمضي مثل العدة ثلاثة أشهر، ولا وجه لما زاد على ذلك، اذ لا دليل عليه. قالوا الأشهر بدل فلا يعمل بها الا بعد اليأس من المبدل. قلنا: ينتقض بالقياس على الضهياء، سلمنا فاليأس هو ظن انقطاعه وهو يحصل بما ذكرنا، إذ لا فرق بين الثلاثة والأربعة والعشرة والتسعة والأربع السنين، لكن الأحوط أن تنتظر حتى يمضي عليها فصول السنة، إذ يختلف المزاج فيها، فلا

=عثمان وعنده علي عليه السلام وزيد بن ثابت، فسأله عن ذلك، فقال عثمان لعلي وزيد: ما تريان فقالا: نرى أنها إن ماتت ورثها، وإن مات ورثته، لانها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض. فرجع حبان إلى أهله فانتزع ابنته منها فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة، فورثها عثمان منه» هكذا روى. والذي في الجامع عن محمد بن يحيى ابن حبان قال: كانت عند جدي امرأتان: هاشمية وأنصارية، فطلق الانصارية وهي ترضع، فمرت سنة ثم هلك ولم تحض، فقالت: أنا أرثه لم أحض. فاختصموا إلى عثمان فقضى لها بالميراث، فلامت الهاشمية عثمان فقال: هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا ــ يعني علي بن أبي طالب» أخرجه الموطأ (ح) حبان هذا بفتح الحاء المهملة ثم باء موحدة مشددة وبعد الألف نون ومنقذ بضم الميم وسكون النون وكسر القاف، وآخره ذال معجمة.

تيأس في كل فصل حتى تمضي جميعا ثم تعتد بالأشهر (فرع) لمن لا يعتبر السنين فإن رأت الدم في الأشهر انتقلت إليه و بنت على الحيض الأول ، فإن لم تكن قد اعتدت بحيضة استأنفت به إلا بعد الستين في الأصح ، وكذا لو رأته بعدها قبل أن تزوج في الأصح كتيمم وجد الماء قبل خروج الوقت لا بعد التزويج كوجوده بعد خروج الوقت « مسألة » ومن اعتبر اليأس أوجب تربصها إلى سن لا تحيض فيه امرأة مطلقاً (لش) بل نساء زمانها (لش) بل بلدها (لش) بل قرابتها من قبل أبيها وأمها « فرع » (م هـ ط الاسفرايينى ابن القاص) من (صش) وسن اليأس المطلق ستون سنة لاطراده في النساء عموما (ز مد محمد) بل خمسون (ح ف) بل خمس وخمسون (المروزى) اثنتان وستون ، وقيل التركية خمسون ، والعربية ستون ، والقرشية أكثر للعادة . قلنا : الصحيح الستون إذ هو الأغلب (فرع) (ى) وغيره للمذهب و إذا انكشف في الآيسة حمل أو حيض متكرر بطل اليأس واستأنفت ولو بعد النكاح (لش) ، بل قبل النكاح لا بعده لما مر (لش) لا قبله ولا بعده ، لئلا يلزمها عدتان . « مسألة » (م قين) والضهياء وهي التي لا ترى الحيض وقد بلغت بالعدد تعتد بالأشهر ، لقوله تعالى (واللائي لم يحضن) وهي كذلك (به) غير آيسة فتنتظر اليأس كذات الحيض (محمد) إذا لم تحض بنت الثلاثين اعتدت بالأشهر . قلنا : لا فرق ما بين الثلاثين وغيرها لكن العمل بالآية أولى من القياس (فرع) (ى حش) و إذا زوجت الضهياء ثم ولدت فعدتها بالأشهر ما لم تحض إذ لم تفصل الآية (حش) بل الولادة كالحيض فتربص . «مسألة» (م محمد) و إذا اشتريت الأمة ثم انقطع حيضها قبل اليأس فاستبراؤها بأربعة أشهر وعشر ، عملا بأكثر العدد المشروعة (ك ح) بل بثلاثة أشهر (ف) لا يطأ حتى يتيقن أن لا حمل ، (ث فر) بل بسنتين (عمحمد) شهرين وخمسة أيام . قلنا: قول (م) أقرب وما عداه تحكم «مسألة» وإذا اعتدت الصغيرة بالأشهر ثم بلغت فيها ، فبالحيض انتقلت إليه إجماعا (ه الاصطخرى) ، وتستأنف إذ صارت ذات حيض (ابن سريج) ، بل تبنى على الطهر الماضي كطهر بين حيضتين . قلنا : مبنى على الاعتداد بالأطهار وقد أبطلناه ، و إن بلغت بالحيض بعد العدة ، لم تستأنف إجماعا للآية .

فصل

وللرجعى أحكام : الأول الرجعة والنفقة والسكنى إجماعا ، لقوله تعالى (و بعولتهن أحق بردهن) و إذ

حل الاستمتاع باق والنفقة فى مقابلته . (فرع) ولا تخرج من موضعها يوم الطلاق ، إن كان الزوج ولو عارية ، لقوله تعالى (ولا يخرجن) وقوله تعالى (إلا أن يأتين بفاحشة) . أراد إخراجها للحد ، إذ الفاحشة هى إيذاء الزوج فيسوغ إخراجهن « لاخراجه ﷺ فاطمة بنت قيس لتمام العدة فى بيت ابن أم مكتوم لإيذائها الأحماء ، وليس للزوج الوقوف فى موضع وقوفها ، بل يقف فى موضع آخر ولو فى دار واحدة ، لكن لايخلو بها لتحريم ذلك ، وقيل لايجتمعان فى دار ، إذ لايأمن ذلك فى أى أزقتها أو طرقها ، فإن كان معها محرم مميز لم يحرم ، ولا يبيع موضع سكناها إلا أن يستثنيها ، فإن طلقها وهى فى مسكن ملك لها لم تخرج فى الأصح ، ولها الأجرة . وهي أحق من الغرماء بسكنى الدار إن أفلس . (فرع) وإذا مات انتقلت إلى عدة الوفاة واستكملتها (ى) إجماعاً ، إذ حكم الزوجية باق فى الرجعى (ه قين) ، ولا إحداد عليها لبقاء الزوجية ولقوله ﷺ « فإنها تحد على زوجها أربعة أشهر وعشرا »[1] (ثور) ، بل تحد كالمتوفى عنها . قلنا : الزوجية غير باقية هناك فافترقا . (فرع) (ه) وندب لها التزين والتعرض لداعي الرجعة . ويتوارثان فى عدة الرجعى إجماعاً لبقاء الزوجية (ع ح) ، وله الاستمتاع فى عدة الرجعى . قلنا : إن نوى به الرجعة فنعم وإلا فلا . (فرع) (هب ح) وإذا طلقت فى سفر اعتدت فى مكانها حتما ، حيث لاخوف ولا ضرر وإلا رجعت إلى الأقرب من مأمنها أو منتهى سفرها أو وطنها حتما ، فإن استوت خيرت (ش)

فصل وللرجعي أحكام

(قوله) « لاخراجه ﷺ فاطمة بنت قيس » عن ميمون بن مهران ، قال : « قدمت المدينة فدفعت إلى سعيد بن المسيب ، فقلت فاطمة بنت قيس طلقت فخرجت من بيتها ، فقال سعيد : تلك امرأة فتنت الناس ، إنها كانت لسنة فوضعت على يدى ابن أم مكتوم الأعمى » أخرجه أبو داود. وفى قصتها أحاديث وروايات كثيرة .

(قوله) « فانها تحد على زوجها » عن صفية بنت أبى عبيد أنها سمعت حفصة زوج النبى ﷺ تحدث عن النبى ﷺ أنه قال « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ، إلا على زوجها » زاد فى رواية « فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشراً » أخرجه مسلم وغيره . وعن أم عطية قالت : كنا ننهى أن نحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً . وهذا طرف من حديث أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما .

---

(١) هكذا بالأصل والاستدلال ينافى للمستدل عليه كما هو ظاهر

بل تخير مطلقا بين الرجوع وتمام السفر (فو) بل تتم سفرها إذ لم تؤمر بالبيث إلا فى غير حال السفر. لنا عموم :(ولا يخرجن) . قلت: فأما فى دون البريد فيتحتم الرجوع إلى وطنها . «مسألة» (على يه ح قش) و إذا راجعها بالقول ثم طلقها استأنفت لعموم (والمطلقات يتربصن) (ى ك قش) بل تبنى كالمختلعة، إذ عقد عليها ثم طلقها قبل الدخول ، ولقوله تعالى(ولا تمسكوهن ضرارا) وهذا يؤدى إليه (د) لاعدة عليها كقبل الدخول . قلنا : الرجعى ضعيف تبطله الرجعة ، بخلاف البائن والضرار لايمنع الصحة ، و إلا لم يقع النهى و يأثم إن قصده ، وقول (د) يؤدى إلى اختلاط الأمواه ومخالفة مقصود الشرع . « مسألة » والبدوية تلزم خيمتها حتى تنقضى عدتها، ما لم ينتقل أهلها وتخاف من التخلف عنهم ، وامرأة الملاح تعتد فى بيتها فى البر إن كان، و إلا ففى منزل مستقل فى السفينة ، و الا فمعه فى السفينة ان كان ثم محرم، والا لزمه الخروج منها وتبقى هى، إذ لها السكنى « مسألة » (ه ش) وعدة الذمية كالمسلمة ، لعموم الآية ، وقيل لا، إلا إذا شرعت فى كتابهم إذ قرروا على ما فيه و إن نسخه شرعنا كالمسكر . قلنا : مالم يقرره ﷺ لم نأمن تحريفهم فيه ووجوب السكنى للأمة تابع النفقة كما سيأتى .

فصل

وللبائن أحكام . « مسألة » (هـ م مد) لها النفقة لعموم قوله تعالى (وللمطلقات متاع) ولقوله تعالى (ولا تضاروهن) و إذ حبست بسببه كالرجعية . ولاسكنى لها لقوله تعالى (من حيث سكنتم) ، فأوجب أن يكون حيث الزوج ، وذلك لايكون فى البائنة (ع) ثم (بص طا الشعبي ق لى عى امامية) لايجبان ، لقوله ﷺ لفاطمة بنت قيس : «لاسكنى لك ولا نفقة» . قلنا : رده

فصل وللبائن أحكام

(قوله) « لا سكنى لك ولا نفقة » الخ . عن فاطمة بنت قيس أنه طلقها زوجها فى عهد النبى ﷺ، وكان أنفق عليها نفقة دونا فلما رأت ذلك قالت: والله لأعلمن رسول الله ﷺ فان كانت لى نفقة أخذت الذى يصلحنى ، وان لم يكن لى نفقة لم آخذ منه شيئاً . فذكرت ذلك لرسول الله ﷺ فقال «لا نفقة لك ولاسكنى» هذه إحدى روايات حديث أخرجه مسلم وغيره . وزاد فى بعض الروايات عن عمر أنه قال فى ذلك «لانترك كتاب الله وسنة نبينا ، لقول امرأة لا ندرى لعلها حفظت أو نسيت لها السكنى والنفقة » وروايات هذا الحديث وأطرافه كثيرة .

(عمر) واتهمها بالنسيان ، ولم ينكر . (٢) ثم (عمر بن عبد العزيز ن ى ح ث أهل الكوفة) بل يجبان لقوله تعالى (ولا تخرجوهن) ونحوها . قلنا . أما النفقة فنعم ، وأما السكنى فلا ، لما مر (ش ك ل) لها السكنى فقط . لقوله تعالى (ولاتخرجوهن) لا النفقة لخبر فاطمة . لنا ما مر . « مسألة » (هـ م ى ش ك عه عمد) ولا إحداد على البائنة ، إذ عدتها عن طلاق كالرجعية (على) ثم (زص جم ح ث لح قش) ، بل يلزمها إذ « نهى ﷺ المعتدة أن تختضب وهو عام إلا ماخصه دليل . قلت : وهو المذهب . « مسألة » (بص طال البتى ع ش ك محمد فر) و إذا عقد على المختلعة بمهر ثم طلقها قبل الدخول فلها نصفه لعموم الآية . (ح ث خعى) بل كاملا إذ هى مطلقة بعد الدخول ولا حكم لتوسط العقد . قلنـا : بل له حكم (ه ش ك محمد) وتبنى على العدة الأولى (د فر)لا عدة عليها كالمطلقة قبل الدخول. قلنا : يؤدى إلى اختلاط الأمواه« مسألة » (ه ش ك محمد) ، و إذا مات الزوج فى عدة البائن بنت ولم تنتقل إلى عدة الوفاة ، إذ لم يمت وهى زوجته ، وقد قال الله تعالى (ويذرون أزواجا يتربصن) الآية . (ح ف) معتدة عن طلاق فتنتقل كالرجعية. قلنا:الرجعية زوجة فافترقا(فر)لاعدة عليها لوفاة إذ ليست زوجة ، ولا لطلاق إذ الموت قاطع قلنا : خلاف الإجماع إذ أبطل القوانين ، « مسألة » (يه م ش) ولا ميراث للبائنة إذ ليست زوجة (ح) إن أبانها فى المرض لا بسؤالها فلها الميراث معارضة بنقيض قصده لقوله ﷺ «من قطع ميراث وارث» الخبر ولا يرثها (ف) إن أبانها فى الصحة من غير شرط أو فى المرض مشروط بما لها عنه غنى كتكليم زيدودخول الدار ، فلاميراث ، و إلاوجب كالمطلق فى المرض والمشروط فيه بما لا بدمنه كالأكل والشرب وفعل الواجب ، إذهوكلاشرط للقطع بحصوله (قش ك) كل طلاق فى المرض يثبت معه التوريث ، إذ ورث رسول الله ﷺ امرأة ابن عوف وقد طلقها فى المرض بائناً ، فعارضه

(قوله) « إذ نهى ﷺ المعتدة أن تختضب » سيأتى إن شاء الله تعالى .

(قوله) « من قطع ميراث وارث قطع الله ميراثه من الجنة » لفظه فيما رواه ابن ماجه عن أنس قال قال رسول الله ﷺ « من فر بميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة » .

(قوله) « إذ ورث ﷺ امرأة ابن عوف وقد طلقها فى مرضه بائناً » هكذا وقع فى الانتصار ، وهو سهو قطعاً لان المعلوم أن عبد الرحمن بن عوف إنما مات فى خلافة عثمان سنة اثنتين وثلاثين للهجرة ، وإنما الرواية الصحيحة فى ذلك عن عثمان انه ورث ابنة الأصبغ من

بنقيض قصده . قلنا : حكاية فعل لا يعلم وجهه والميراث فرع الزوجية ، والمعارضة بنقيض القصد لا يقوى معارضاً لعلة إسقاط الإرث وهي البينونة « مسألة » (على ق م ص ح قش) وليس المبتوتة الخروج من منزلها إلا لعذر ، لقوله تعالى (ولا يخرجن) (ى قش) يجوز فى النهار كعدة الوفاة ، ولقوله ﷺ فى المثلثة «اخرجى فجذى نخلك» الخبر . قلنا : الجذاذ عذر والوفاة صيرتها كالأجنبية « مسألة » ومتى التبست المتوفى عنها بالبائنة المدخولة ، فلا بد لذات الحيض مع أربعة الأشهر وعشر من ثلاث حيض من وقت الطلاق لتحصيل اليقين بأداء العدتين ، وأما غير ذات الحيض فاليقين يحصل بعدة الوفاة « مسألة » (ى م) و إذا مات من علق الطلاق بذمته قبل التعيين اعتدت كل واحدة عدة وفاة ، إذ لا يقع المبهم إلا بالتعيين « مسألة » و إذا نكحت فى العدة جهلا فولدت لحق بالآخر ولو أمكن منهما إذ ماؤه أجد (ش) يعمل بالقافة . لنا ما مر فإن تعذر من الآخر فبالأول إن أمكن ، و إلا فلا أبهما . وإذا لحق بالأول كان له الرجعة حتى تضع ، ولا يطأها حتى تعتد من الثانى بالاقراء بعد الوضع ، و إن انقطعت الاقراء لعذر فبأربعة أشهر وعشر . و إذا لحق بالثانى فللأول لرجعة مالم تضع (ى) وتنقضى عدتها منهما جميعاً بالوضع. قلت : وفيه نظر ، بل القياس أن لا تنقضى عدة الأول بالوضع بل بالأقراء بعده ، وأن له الرجعة حتى تنقضى عدتها ، و إن كان لا يلحق بأيهما فللأول الرجعة مالم تكمل عدته بالأقراء ، ولا يطأها حتى تعتد من الثانى بالأقراء كما مر ، إذ لا حكم للحمل ههنا كما سيأتى «مسألة» (ه ح) وما ولد قبل الاقرار بانقضائها لحق إن أمكن منه ، لا لا فى الرجعى

زوجها عبد الرحمن لما طلقها بائناً فى مرض موته ، ومات وهى فى عدتها . هكذا روى ولفظه فى الجامع عن ربيعة بن أبى عبدالرحمن قال «سألت امرأة عبدالرحمن منه الطلاق فقال: إذا طهرت فآذنينى، فآذنته فطلقها البتة أو تطليقة كانت بقيت لها، وهو مريض يومئذ فورثها عثمان من زوجها بعد انقضاء عدتها» وفى رواية أن عبد الرحمن بن عوف طلق امرأته البتة وهو مريض، فورثها ميراثها عثمان بعد انقضاء عدتها . أخرجه الموطأ .

(قوله) «اخرجى فجذى نخلك» عن جابر قال « طلقت خالتى فأرادت أن تجذ نخلها فزجرها رجل أن تخرج ، فأتت النبى ﷺ فقال « بلى فجذى نخلك فانك عسى أن تصدقى أو تفعلى معروفاً» أخرجه مسلم والنسائى . وفى رواية أبى داود قال« طلقت خالتى ثلاثا فخرجت تجذ نخلها فلقيها رجل فنهاها ، فأتت النبى ﷺ فذكرت ذلك له : فقال لها النبى ﷺ « اخرجى فجذى نخلك لعلك أن تصدقى أو تفعلى خيراً » .

مطلقاً، حملا على السلامة ، وفى البائن لأربع فدون، إذ لاوجه لنفيه منه وكذا بعد الاقرار بدون ستة أشهر إذ ينكشف كذبها ، لاستة فصاعداً لصحة الاقرار بالانقضاء . إلا حملا ممكنا من المعتدة بالشهور لليأس، إذ انكشف عدم اليأس « مسألة » (خعي ح ابن سريج) وإذا حاضت ثلاثاً ثم أتت بولد لدون أربع سنين لم يلحق ، كلو أقرت بالانقضاء مجملا (ش) بل يلحق لصحة الحيض مع الحمل عنده . لنا مامر « مسألة » (الأكثر) ولاتحرم على الواطىء فى العدة جهلا لعموم (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (قش) تعجل حقه قبل وقته فحرمت عليه مخالفة لغرضه ، كالدية على القاتل قلنا : لا نسلم أن العلة فى الأصل المخالفة . سلمنا : فلم يطأ لتحل له ، سلمنا لزم تحريم من زنى بها لذلك ، و ينصرنا قول (ش): اختلف قول (على) و (٢) إلى آخره «مسألة» (الأكثر) وللمخالع العقد عليها فى عدته (ني) لا . كغيره . قلنا : خطأه أصحابه إذ لاوجه لاستبرائه من مائه بخلاف غيره (الأكثر) وإذا عقد بها انقضت عدتها (ابن سريج) لا ، حتى يدخل بها كغيره ، وأنكرها عنه أصحابه لضعفها ، إذ تصير فراشا له بالعقد. فان طلقها بائناً بعد الوطء استأنفت ، لا قبله فتبنى كلو لم يعقد (دفر) لا عدة بعد العقد ، إذ هى مطلقة قبل الدخول . قلنا : يؤدى إلى اختلاط الامواه والأنساب « مسألة » ومن وطىء بشبهة حرة أم أمة استبرأها من هى تحته حفظا للنسب « مسألة » (ه قين ابن سيرين) ولاعدة على زانية ، لقوله ﷺ «الولد للفراش» (عه ك حق) يختلط الماء فتعتد

(قوله) « وينصرنا قول (ش) اختلف على و (٢) إلى آخره » قال فى الانتصار: وحكى عن الشافعى أنه قال : اختلف على وعمر فى ثلاثة مسائل القياس فيهن مع على عليه السلام وبقوله آخذ: الأولى منهن امرأة المفقود إذا غاب زوجها وانقطع عنها خبره. فقال على: هذه امرأة ابتليت فتصبر. وهو قول (ش) فى الجديد . وقال عمر: يرفع أمرها إلى الحاكم ويضرب لها أربع سنين وتعتد بتسعة أشهر ثم تزوج. وهذا قول (ش) فى القديم الثانية إذا طلق الرجل زوجته وغاب عنها وراجعها وأشهد على رجعته إياها ، ولم تعلم المرأة بذلك، ثم انقضت عدتها فتزوجت بآخر فدخل بها وجاء الأول وادعى أنه راجعها وأقام على ذلك بينة ، فقال على: إنها تكون زوجة للأول . وهو محكى عن (ش) وروى عن عمر أنه قال: هى زوجة للثانى ، وهو محكى عن مالك. الثالثة التى ذكرناها وهو أنه إذا وطئها فى عدة من غيره فهل تحل له أم لا ؟ فقال على : تحل له . وقال عمر لا تحل له . انتهى .

وقيل تستبرىء بحيضة. قلنا : لاحرمة له، إذ الولد للفراش وإذ طلب (٢) الجمع بين الغلام والصبية بعد جلدهما ولم ينكر (ه ش) لكن تستبرىء الحامل لمن زنا للوطء بالوضع حتما، للعنه ﷺ من سقى حرث غيره (ف ابن سيرين عح) بل وللعقد (ح محمد لى) يندب فقط. لنا : مامر (فرع) (لهم) فإن نكحت فانكشفت حاملا فارقها ولها بالوطء مهر مثلها (عه) لا مهر لها «مسألة» (ه ش فو) ومن أسلمت عن كافر اعتدت استبراء كامرأة المرتد «لرده ﷺ امرأتى عكرمة وصفوان بلا عقد» (ح) لا، لقوله تعالى (فلا جناح عليكم أن تنكحوهن) أراد المشركات إذا أسلمن، ولم يفصل : قلنا : فصل القياس «مسألة» والأمة كالحرة فى عدتها، إذ لم يفصل الدليل (هبك) ولو اعتقت خلالها لم تستأنف (ك) بل تتم قرأين فقط (المروزى) تستأنف عدة حرة كلو أعتقت قبل الطلاق (ح مد) تستأنف الرجعية لا البائنة فتكمل قرأين لنا مامر «مسألة» (ق لح) وتعتد أم الولد عتقت بحيضتين لتفصل بين الوطأين كما شرعا فى حق البائع والمشترى، والجامع زوال الملك، وندب ثالثة للموت، لقول على عليه السلام، وهو توقيف (ى عي عن) بل عدة الوفاة كالحرة. وللعتق قرآن والثالث ندب (ش) بل قرء واحد، لقوله ﷺ «فى السبايا بحيضة» (ح عن) بل

(قوله) «وإذ طلب عمر الجمع بين الغلام والصبية بعد جلدهما» تقدم ذلك إلا أنه ليس فيه ذكر الجلد.

(قوله) «للعنه ﷺ من سقى حرث غيره» لفظه : «عن رويفع بن ثابت قال : أما أنى لا أقول لكم إلا ما سمعت رسول الله ﷺ يقول يوم حنين، قال : لا يحل لامرىء يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره» يعنى إتيان الحبالى. هذا طرف من حديث أخرجه أبو داود وعند الترمذى «من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره».

(قوله) «لرده ﷺ امرأتى عكرمة وصفوان» تقدم.

(قوله) «لقول على عليه السلام» حكى فى الشفاء عن الشعبى عن على عليه السلام قال : «تعتد أم الولد إذا مات عنها سيدها ثلاث حيض» وحكى فيه أيضاً عن أبى عامر عن على عليه السلام قال «إذا مات الرجل عن أم ولده أو أعتقها اعتدت ثلاثة قروء» وحكى فيه أيضاً عن عبيدالله بن محمد ابن عمر بن على عن أبيه عن جده عن على عليه السلام أنه قال أجل أم الولد والسرية إذا أعتقها سيدها ثلاث حيض إذا كانت تحيض، فان كانت لا تحيض فأجلها ثلاثة أشهر».

(قوله) «لقوله ﷺ فى السبايا بحيضة» تقدم ذلك.

بثلاث حيض كالحرة . قلنا : العدة شرعت للزوجة وللأمة للاستبراء فالوجه ماذكرنا ، وقول على عليه السلام «إذا مات من له أم ولد» الخبر، معارض برواية الشعبى، فاقتضى أنه اجتهاد لاتوقيف.

فصل

وعدة الحامل بالوضع إجماعاً للآية (ه ش) وإنما تعتد بوضعه حيث لحق ، وإلا فلا لصحة نكاح الحامل من زنا (ح) بل مطلقاً ، لعموم (أن يضعن) قلنا: الخطاب للناكحات لاللزانيات (فرع) ولا تنقضى إلا بوضع جميعه ، لقوله تعالى (حملهن) وأن يتبين فيه تخاطيط الإنسان كالعين والشعر ، فتنقضى به العدة ، وتصير الأمة به أم ولد إجماعاً ، وإن لم يكن حياً . « مسألة » (ى ه ح) فإن كان مضغة لاتخلق فيه فلا حكم له ، لتجويزه دماً منعقداً (ش) بل يعمل بقول القوابل فى كونه حملا أم لا . قلنا : أقل مايتخلق لمائة وعشرين يوما ، لقوله ﷺ « بدء خلق أحدكم فى بطن أمه » الخبر . (فرع) والتوأمان ما لم يتخللهما ستة أشهر كالواحد ، إذ هو حمل واحد (فرع) فإن لم ينفصل لم تنقض به العدة إجماعاً، إذ ليس بوضع (القفال) ، لكن يرث ويورث إذا استهل وإن لم ينفصل ، «مسألة» (م) وإذن المعتدة بإنكاحها إقرار بمضيها فلا يقبل رجوعها بعد العقد والقول للزوج فى أنه طلق بعد الوضع فله الرجعة (ى) وإذا شك فى تقدم الطلاق على الوضع فالظاهر صحة الرجعة ما لم يظن تقدمه .

فصل

والآيسة لصغر أو كبر تعتد بالأشهر إجماعا للآية . (فرع) فإن ابتدأ الطلاق رأس الشهر

(قوله) « وقول على عليه السلام » الخ . حكى فى الانتصار عن خلاس عن أمير المؤمنين عليه السلام أنه قال : « إذا مات من له أم ولد اعتدت أربعة أشهر وعشراً » انتهى .

فصل وعدة الحامل بالوضع

(قوله) « بدء خلق أحدكم فى بطن أمه» الخبر . لفظه عن ابن مسعود قال «حدثنا رسول الله ﷺ وهو الصادق المصدوق إن خلق أحدكم يجمع فى بطن أمه أربعين يوماً ، ثم يكون علقة مثل ذلك ، ثم يكون مضغة مثل ذلك ، ثم يبعث الله إليه ملكا بأربع كلمات : يكتب رزقه وأجله وعمله وشقى أم سعيد . ثم ينفخ فيه الروح» هذا طرف من حديث أخرجه البخارى ومسلم وأبوداود والترمذى .

اعتبر بالأهلة لا بالعدد، لقوله تعالى (قل هي مواقيت) (٥ قين ك) ، فإن طلق بعد أيام من الشهر اعتبر فيه العدد للضرورة ، والشهران بعده بالأهلة لما مر . (ابن بنت ش [1]) ، بل تتم بالعدد اعتبارا بأولها كاعتبار الأهلة حيث ابتدأت بها . قلنا : لاضرورة تصرف عن الآية في الآخرين بخلاف الأول . « مسألة » (٥ ش) وحيث يعتبر الأول بالعدد يحسب اليوم الذي وقع فيه ، فإن كان خامس الشهر كملت بأربعة من الشهر الرابع إن كان الأول تاما ، وإلا فبخمسة (ك عى ث) ، بل لاتحتسبه كحيضة طلقت فيها . قلنا : القياس الاحتساب بما بقي منها لولا قوله تعالى (فطلقوهن لعدتهن) . (فرع) (٥ قين) ويكمل مامضى من ساعات اليوم من الشهر الرابع ليكمل العدد (ط) فإن شكت في تمام الأول بنت على النقصان .

فصل

وعدة الوفاة ما في الآية (على ع) ثم (٥ جميعا قين) فالحائل بأربعة أشهر وعشر، ولو صغيرة ومن صغير، وغير مدخولة للآية (ك) ، بل لابد لمن تحيض كل شهر من ثلاث حيض في الأربعة لتعلم البراءة . قلنا : لادليل (عى) ، بل أربعة أشهر وعشر ليال لا أيام للتأنيث . قلنا : قد يعبر بها عن الأيام كقوله تعالى في آية زكريا (ثلاث ليال) . (على ع الشعبي يه م ن) ، والحامل بآخر الأجلين ، لقوله تعالى (أن يضعن حملهن) وقوله (أربعة أشهر وعشرا) (٢ عم ر ٥ ش سلمة ح فو) بل بالوضع فقط ، لقوله تعالى (أن يضعن حملهن) ولم يفصل . وإذ ولدت سبيعة بعد وفاة زوجها بنصف شهر ، فقال رسول الله ﷺ «حللت فانكحي من شئت» ونحوه . قلت: إن

فصل وعدة الوفاة الخ

(قوله) «إذ ولدت سبيعة» الخ . عن ابن عباس وأبي هريرة أنهما سئلا عن المرأة الحامل يتوفى عنها زوجها . فقال ابن عباس آخر الأجلين ، وقال أبو هريرة : إذا ولدت فقد حلت . فدخل أبو سلمة بن عبد الرحمن على أم سلمة زوج النبي ﷺ فسألها عن ذلك ، فقالت أم سلمة : ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بنصف شهر ، فخطبها رجلان أحدهما شاب والآخر كهل ، فخطبت إلى الشاب فقال الشيخ : لم تحلي بعد —وكان أهلها غيبا— ورجا إذا جاء أهلها أن يؤثروه بها، فجاءت إلى رسول الله ﷺ فقال «قد حللت فانكحي من شئت» أخرجه الستة بروايات كثيرة ، وفيه طرق شتى وهذا اللفظ للموطأ .

---

(١) اسمه أحمد وكنيته أبو عبد الرحمن .

تأخر الخبر عن آية الأشهر فقوى ، وإلا فهى أقوى للجمع . (جم ك) بل العبرة بالأشهر لـكن لاتزوج حتى تضع ، للآية . قلنا : العمل بهما جميعا أقوى . «مسألة» والأمة الحامل كالحرة فى الخلاف ، وفى الحائل الخلاف فى التنصيف وقد مر (اش) شهران فقط ، إذ عدتها حيضتان . لنا مامر «مسألة» (الأكثر) ويجب فى عدة الوفاة الإحداد ،وقدكان فى الجاهلية فأقره ﷺ وأوجبه بقوله «إنما هى أربعة أشهر وعشر ، وقد كانت إحداكن ترمى بالبعرة رأس الحول» الخبر ونحوه (بص) مباح فقط ،إذ هو جاهلى ، لـكن لم ينكره ﷺ ، وكالرحمية لما مر . «مسألة» (٥ قين) ، ويلزم الأمة كالحرة ، إذ لم يفصل الدليل (عح) لايلزمها . قلنا : رواية ضعيفة أنكرت ولا وجه لهـا . « مسألة » (ى) ويلزم فى النكاح الفاسد فى الأصح ما لم يفسخ (جم حص) ، ولا إحداد على غير المـكلفة ، لرفع القلم ، ولا الذمية إذ هو كالعبادة (جم ى ش) ، بل يلزم لعموم « لايحل لامرأة » الخبر ونحوه . قلنا : خطاب للمـكلفات المسلمات . (فرع) وتجب نية العدة والاحداد إذ لاعمل إلا بنية (م) ولا استئناف لو تركت النية أو الاحداد إذ لادليل على اشتراطهما. «مسألة» ويحرم من اللباس المصبوغ ولو بالمغرة والحرير وما فى منزلته، لحسن صنعته ،والمطرز والمنقوش بالصبغ والحلى جميعاً ،والطيب كالمحرم، لقوله ﷺ «لاتلبس المتوفى عنها» الخبر. ولها لبس البياض والسواد

(قوله) « إنما هى أربعة أشهر » الخ .عن زينب بنت أبى سلمة قالت: سمعت أمى أم سلمة زوج النبى ﷺ تقول :«جاءت امرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت : يارسول الله ان ابنتى توفى عنها زوجها وقد اشتـكت عينها أفنكحلها؟ فقال رسول الله ﷺ لا، مرتين أو ثلاثا، كل ذلك يقول لا، ثم قال رسول الله ﷺ :إنما هى أربعة أشهر وعشر، وقد كانت إحداكن فى الجاهلية ترمى بالبعرة على رأس الحول قال حميد: قلت لزينب وما ترمى بالبعرة على رأس الحول؟ فقالت زينب:كانت المرأة إذا توفى عنها زوجها دخلت حفشاً ولبست شر ثيابها ولم تمس طيباً حتى تمر بها سنة ، ثم تؤتى بدابة حمار أو شاة أو طائر فتفتض به، فقل ماتفتض بشىء الا مات، ثم تخرج فتعطى بعرة فترمى بها ثم تراجع بعد ما شاءت من طيب أو غيره » قال مالك : تفتض تمسح به جلدها كالنشرة . هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الستة ، وفى ذكر الإحداد أحاديث أخر .

(قوله) « لا يحل لامرأة » الخبر . ونحوه تقدم .

(قوله) «لا تلبس المتوفى عنها » الخبر. عن أم سلمة قالت : قال النبى ﷺ «لاتلبس المتوفى عنها زوجها المعصفر من الثيـاب ولا الممشقة ولا الحلى ولا تختضب ولا تـكتحل» أخرجه أبو داود، وكذا النسائى، إلا أنه لم يذكر الحلى. وفيه رواية لأبى داود عن أم سلمة قالت «دخل

والأكهب ، وما بلى صبغه . والخاتم والزقر والودع وشم الينوفر والبنفسج والعرار ، إذ ليس بطيب والكحل بالتوتيا ، والصبر ، وقلم الظفر ، وحلق الشعر والعانة ، وصابون النبات وأكل المزعفر . قلت : أما البنفسج ففيه نظر . «مسألة» (عم هق ن لح) ولها النفقة لقوله تعالى (متاعاً إلى الحول) ونسخ المدة لايوجب نسخها (م قين ك) لانفقة إذ لا استمتاع ، ووجوبها لأجله بدليل سقوطها بالنشوز . قلنا : بل لأجله فى المحبوسة إذ حبسها بسببه. قالوا لا ، كالمستبرأة . قلنا : حبس المستبرأة غير مستند إلى عقد فضعف (على عو ره شريح لى) تجب للحامل لا للحائل لقوله تعالى (وإن كن أولات حمل) الآية . قلنا : العلة تعمهما وهى حبسهما عن الأزواج ، (م) وسقوط نفقتهما قطعى قلت : فيه نظر لظهور الخلاف فى ذلك من غير تخطئة . « مسألة » (على ٣٢ عو عا) ثم (٥ حص ش) ، ولا سكنى لها ، إذ لم يذكرها مع العدة (عم أم سلمة) وعن (٢) وعن (عو) ثم (ث ك ى قش) ، بل تلزم لقوله تعالى (غير إخراج) وقوله ﷺ « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك » . قلت : وهو قوى . «مسألة» (على ع عا جابر) ثم (يه) ولها الخروج من موضع عدتها ، لقوله تعالى (يتر بصن) ، ولم يخص مكاناً دون مكان ، والبيان لايؤخر عن الحاجة (زيد

على رسول الله ﷺ حين توفى أبو سلمة وقد جعلت على صبراً ، فقال : ماهذا يا أم سلمة ؟ قالت فقلت: إنما هو صبر يارسول الله ، ليس فيه طيب. فقال: إنه يشب الوجه ولاتجعليه إلا بالليل ، وتنزعيه بالنهار ، ولاتمتشطى بالطيب ولابالحناء ، فانه خضاب ، قلت بأى شىء أمتشط يارسول الله ؟ قال بالسدر تغلفين به رأسك» وفى رواية الموطأ «وقد جعلت على عينيها صبراً» وعن أم عطية قالت : قال النبى ﷺ «لايحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد فوق ثلاث إلا على زوج فانها لاتكتحل ولا تلبس ثوباً مصبوغاً إلا ثوب عصب » وزاد فى رواية ، ولاتمس طيباً إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما بروايات عدة وفى معناه غيره .

(قوله) « اعتدى فى البيت الذى أتاك فيه وفاة زوجك » لفظه عن زينب بنت كعب بن عجرة أن الفريعة بنت مالك بن سنان ــ وهى أخت أبى سعيد الخدرى ــ أخبرتها أنها جاءت إلى النبى ﷺ تسأله أن ترجع إلى أهلها فى بنى خدرة فان زوجها خرج فى طلب أعبد له أبقوا حتى إذا كانوا بطرف القدوم لحقهم فقتلوه . قالت: فسألت رسول الله ﷺ أن أرجع إلى أهلى فى بنى خدرة ، فان زوجى لم يتركنى فى منزل يملكه ولا نفقة . قالت فقال رسول الله ﷺ : نعم قالت ثم انصرفت حتى إذا كنت فى الحجرة نادانى رسول الله ﷺ ــ أو أمر بى فنوديت ــ فقال=

عو) ثم (قين) لا ، لقوله ﷺ «اعتدى فى البيت» الخبر. قلنا : نقل على عليه السلام أم كلثوم . ونقلت (عا) أختها أم كلثوم بعد قتل زوجيهما (ى) لعله لضرورة . قلنا : لم ينقل . (فرع) ولها الخروج نهارا ، ولا تبيت إلا فى منزلها إجماعاً ، لقوله ﷺ حين استأذنه فى السمر « استمرن مابدا لكن » وقوله ﷺ « فإذا أردتن النوم » الخبر .

فصل

والفسخ من حينه بلعان أو نحوه كالطلاق فى العدة إجماعاً . « مسألة » ، ولا عدة فيما عدا ذلك ، لكن تستبرئ الحامل من زنا بالوضع لوطء كاسر . . والمنكوحة باطلا والمفسوخة من أصله ، وحربية أسلمت عن كافر وهاجرت ، كعدة الطلاق . إلا أن لمنقطعة الحيض لعارض أربعة أشهر وعشراً ، لما مر من أن الاستبراء أخف حكما .

= كيف قلت ؟ فرددت عليه القصة التى ذكرت له من شأن زوجي ، قال « امكثى فى بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله » قال فاعتددت فيه أربعة أشهر وعشراً . قالت فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلى فسألنى عن ذلك فأخبرته فاتبعه وقضى به » أخرجه الموطأ وأبو داود والترمذى . وللنسائى نحوه وقال فى رواية له أخرى « اعتدى حيث بلغك الخبر » .

(قوله) « نقل على عليه السلام أم كلثوم » حكى فى أصول الأحكام عن على عليه السلام « أنه نقل ابنته أم كلثوم لما قتل عمر » قال فى التلخيص : حديث « أن علياً نقل أم كلثوم بعد مااستشهد عمر لسبع ليال » الشافعى والبيهقى من حديث فراس عن الشعبى بهذا . ورواه الثورى فى جامعه عن فراس وزاد « لأنها كانت فى دار الامارة » والشافعى من وجه آخر عن الشعبى « أن علياً كان يرحل المتوفى عنها لاينتظر بها » انتهى : وحكى فيه عنه أيضاً أنه قال « تعتد المتوفى عنها زوجها حيث شاءت من منزلها أو بيت زوجها » وحكى فى الشفاء « أن عائشة نقلت أختها لما قتل زوجها طلحة » ولم ينكر عليها أحد من الصحابة . انتهى . وفى الانتصار أن عائشة نقلت أختها أم كلثوم لما قتل زوجها طلحة ابن عبد الله بن خلف الخزاعى ، والله أعلم .

(قوله) « حين استأذنه فى السمر » الخ . روى عن مجاهد أنه قال : استشهد رجال يوم أحد فآم نساؤهم فجئن إلى رسول الله ﷺ فقلن يا رسول الله إنا نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا ، حتى إذا أصبحنا بادرنا إلى بيوتنا؟ فقال رسول الله ﷺ « تحدثن مابدا لكن حتى إذا أردتن النوم فلتأت كل واحدة منكن إلى بيتها » هكذا حكاه فى الشفاء ، ونحوه فى التلخيص ونسبه إلى الشافعى من رواية مجاهد ، فهو مرسل .

فصل

(ه قين) ولا تنقطع العدة بانكاحها فيها (الشافعى) من (صش) بل تنقطع ، إذ يراد بالعقد الافتراش ، و يلحق الفاسدبالصحيح . قلنا : العقدالباطل لاحكم له ، بخلاف الوطء فقد ورد الشرع بحكمه فافترقا (فرع) (ى) فإن وطىء مع العقد عالماً للتحريم فزنا ، ولا تنقطع به العدة ومع الجهل تنقطع «مسألة » (ى) و إذا خالع الحامل ثم عقد بها ثم مات فعدتها بالوضع دخل أم لا قلت : مع الأشهرعندنا « مسألة » (ه الشعبي خعي ش) ومن وطئت فى العدة بشبهة استبرئت من الثانى ثم أتمت الأولى ولا يتداخلان لقول على « أيما امرأة » الخبر ونحوه (حص ك عى ث) بل تعتدمن الثانى وتدخل الأولى فيها ، إذ هو تكرر وطء فلايجب تعدد العدة كالحد . قلنا : قول على عليه السلام أرجح « مسألة » و إذا تزوجت الحربية فى العدة بحربى فوجهان تلزم عدتان كالمسلمين . و يتداخلان ، إذ لاحرمة لماء الحربى « مسألة » و إذا طلقت الرجعية بائناً فى العدة وقلنا بتواليه فوجهان : تبنى كلو راجع ثم طلق . قلت : على أصل(ش). وتستأنف ، إذ الثانى واقع

فصل ولا تنقطع العدة الخ

(قوله) « لقول على عليه السلام أيما امرأة » الخبر ونحوه . قد تقدم ماروى فى ذلك عن على عليه السلام ، و لفظه فى أصول الأحكام: فى رواية وعن عمر أنه قال فى امرأة تزوجت فى عدتها فقال يفرق بينهما ما عاشا ويجعل صداقها فى بيت المال فقال على عليه السلام يفرق بينهما ولها عليه صداقها بما استحل من فرجها ، وتتم ما بقى عليها من الأول ، ثم تستقبل ثلاثة قروء من الآخر ثم يخطبها الآخر إن شاء » انتهى. وعن ابن المسيب وسليمان بن يسار أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها فنكحت فى عدتها فضربها عمر وضرب زوجها ــ بالمخفقة ــ ضربات وفرق بينهما ثم قال عمر : أيما امرأة نكحت فى عدتها فان كان زوجها الذى تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما واعتدت بقية عدتها من الأول ، ثم كان الآخر خاطباً من الخطاب . وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول ، ثم اعتدت من الآخر ثم لايجتمعان أبداً. قال ابن المسيب : ولها مهرها كاملا بما استحل من فرجها » أخرجه الموطأ قال فى أصول الأحكام والمراد بقوله عليه السلام « وتتم ما بقى من عدتها من الأول ثم تستقبل ثلاثة قروء من الآخر » أنه يحتمل فيه تقديم وتأخير ، فتكون ثم بمعنى الواو فيكون تقدير الكلام : وتستقبل ثلاثة قروء من الآخر وتتم ما بقى عليها من عدة الأول .

كالمبتدأ « مسألة » ومن راجع ثم خالع قبل الوطء فإن جعلناه طلاقاً فكما مر ، و إن جعلناه فسخاً فوجهان (ى) أصحهما تستأنف ، إذ الفسخ نوع آخر فلا تبنى « مسألة » (ى) و إذا لم نجعل الوطء رجعة استأنفت له عدة وتداخلتا ولا رجعة له عند ابتدائها بأول جزء متمحض من المستأنفة ، إذ هى عدة وطء شبهة لاعدة طلاق ، وله الرجعة فى بقية الأولى المداخلة لأول الثانية لا المتمحض المستأنفة . فإن حملت انقضت عـدة الوطء بالوضع ،وفى دخول بقية الأولى فيها وجهان : تدخل إذ هما من شخص فكانا كالجنس الواحد (ى) وهو قوى . ولا . لاختلاف الحيض والحمل فتتم بالحيض « مسـألة » (يه الشعبى) و إذا وطىء المعتدة غير الزوج بشبهة قدمت الاستبراء على تمام العدة ، إذ من حق الاستبراء من الماء أن يتعقب سببه كالمطلقة (ى ش عى) بل تتم الأولى لتقدمها ، ولئلا يتأخر حق الزوج من الرجعة ، ولقول (على) و (٢) تتم الأولى ثم تبدأ بالثانية ولم يخالفا . قلنا : لا نسلم فى الطرفين .

باب الظهار

هو مشتق من الظهر لقوله « كظهر أمى » وخص اذ هو موضع الركوب. وكان طلاقا فى الجاهلية، قيل وفى أول الإسلام فنقله الشرع إلى تحريم مخصوص ، وحده « قول يدل على تحريم الوطء مع بقاء الزوجية » وهو محظور لقوله تعالى (و إنهم ليقولون منكراً) والأصل فيه من الكتاب الآية ، ومن السنة خبر امرأة أوس فى رواية البخارى ، أو سلمة بن صخر فى رواية الترمذى والإجماع على تحريمه وارتفاعه بالكفارة .

(قوله) « ولقول على عليه السلام » و (٢) الخ . هو ماض عنهما آنفاً .

باب الظهار

(قوله) « ومن السنة خبر امرأة أوس فى رواية البخارى أو سلمة بن صخر فى رواية الترمذى» قال فى الانتصار : ومن السنة روايتان الرواية الأولى ما حكاه البخارى فى صحيحه أن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت : ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت إلى آخر ما ذكره . قلت : وهذه الرواية إنما نسبها فى الجامع إلى أبى داود لا إلى البخارى. وأما ما ذكره فى التلخيص

فصل

وصريحه المجمع عليه: أنت على، أو منى، أو عندى أو معى كظهر أمى، أو مثل ظهر أمى. ويكفى

من أن أصله فى البخارى، فالذى فيه ما لفظه «باب الظهار» قوله «قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها» إلى قوله «ستين مسكيناً» وفى موضع منه آخر مالفظه قوله «وكان الله سميعاً بصيراً» وقال الأعمش عن تميم عن عروة عن عائشة قالت: «الحمدلله الذى وسع سمعه الأصوات. فأنزل الله على النبى ﷺ (قد سمع الله قول التى تجادلك فى زوجها) انتهى. وأما الحديث الذى ذكره فى كتاب تفسير القرآن من جامع الأصول، وعزاه إلى البخارى والنسائى، فانما هو فى رواية النسائى فقط، ولفظه عن عائشة قالت «الحمدلله الذى وسع سمعه الأصوات، لقدجاءت المجادلة خولة إلى رسول الله ﷺ وكلمته فى جانب البيت، فأنزل الله عز وجل (قدسمع الله قول التى تجادلك فى زوجها وتشتكى إلى الله) إلى آخر الآية» انتهى. وليس فيه ذكر شىء من أحكام الظهار، ولذلك ذكره فى الجامع فى كتاب تفسير القرآن، وأسباب نزوله، ولم يذكره فى كتاب الظهار. وأما الوارد فى رواية أبى داود المذكورة فلفظه، عن خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت «ظاهر منى زوجى أوس بن الصامت فجئت رسول الله ﷺ أشكو إليه، ورسول الله ﷺ يجادلنى فيه ويقول: اتقى الله فانه ابن عمك، فما برحت حتى أنزل الله القرآن (قدسمع الله قول التى تجادلك فى زوجها) إلى الفرض. فقال يعتق رقبة؟ فقلت لا يجد، قال فيصوم شهرين متتابعين، قلت يارسول الله انه شيخ كبير ما به من صيام. قال فليطعم ستين مسكيناً قلت ما عنده شىء يتصدق به. قال فانى سأعينه بعرق من تمر قلت يارسول الله وإنى أعينه بعرق آخر، قال قد أحسنت، اذهبى فأطعمى بها عنه ستين مسكيناً وارجعى إلى ابن عمك» قال والعرق ستون صاعاً. وفى رواية عن أبى سلمة بن عبدالرحمن أنه قال العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعاً. وفى رواية أخرى فأتى رسول الله ﷺ بتمر فأعطاه إياه وهو قريب من خمسة عشر صاعاً، فقال تصدق بهذا. فقال يارسول الله أعلى أفقر منى ومن أهلى فقال: كله وأهلك» أخرجه أبوداود. وأخرج أيضاً عن عائشة أن جميلة كانت تحت أوس بن الصامت وكان رجلا به لمم فكان إذا اشتد به لممه ظاهر من امرأته ففعل ذلك فأنزل الله فيه كفارة الظهار» انتهى. وعن سلمة بن صخر البياضى قال: كنت امرأ أصيب من النساء مالا يصيب غيرى فلما دخل شهر رمضان خفت أن أصيب من امرأتى شيئاً يتتابع بى حتى أصبح، فظاهرت منها حتى ينسلخ شهر رمضان، فبينما هى تخدمنى ذات ليلة إذ تكشف لى منها شىء، فما لبثت أن نزوت عليها. فلما أصبحت خرجت إلى قومى فأخبرتهم الخبر. فقلت: امشوا معى إلى رسول الله ﷺ، قالوا لا والله، فانطلقت إلى رسول الله ﷺ فأخبرته، فقال: أنت بذاك ياسلمة؟ قلت أنا بذاك يارسول الله، =

أنت كظهر أمى . فلا يقبل قوله أردت على غيرى كأنت طالق، وقال: أردت من ذيرى أو من وثاق، « مسألة » (هق ن قين) ولا تشترط النية فى صريحه، إذ لم تعتبرها الآية، ولم يسأل رسول الله ﷺ أوساً عنها (م الحسن بن زياد) تعتبر إذ الأعمال بالنيات . قلنا : يكفى قصد إيقاع اللفظ على الزوجة دون غيرها، إذ لا يحتاج سواه « مسألة » (ه ش ك) وينعقد صريحاً بتشبيهها أو جزء منها بجزء من أمه نسباً مشاع أو أى عضو متصل إذ لم تفصل الآية، والبيان لا يؤخر عن الحاجة (ح) إن شبهها بعضو له رؤيته ولا يعبر به عن الكل كالرأس والروح ولا هو مشاع، فلا ظهار، إذ لم يشبه بجزء محرم، والقصد التحريم. قلنا: القصد التشبيه فى تحريم الاستمتاع، وكل الأم كذلك (فرع) فأما التشبيه بالمنفصل كالريق والبول واللعاب فلا ظهار به اتفاقا « مسألة » (ى ه ش ح) والروح كالعضو إذ هو قوام البدن (ابن أبى هريرة) لا يوصف بالتحريم، إذ هو كاللباس قلت : وهو الأقرب إن أريد به النفس (ى) هو قوام البدن فهو كبعضه (المسعودى) يحتاج إلى النية لاحتماله الكرامة . قلنا : احتمال ضعيف « مسألة » (جم ش) ولو قال حرام كظهر أمى فله نيته فى الظهار أو الطلاق، لتردده بينهما (ن ح فر) بل صريح فى الظهار فلا تأثير لنية الطلاق

= مرتين، وأنا صابر لأمر الله تعالى، فاحكم فى ما أراك الله. قال: حرر رقبة، قلت : والذى بعثك بالحق ما أملك رقبة غيرها، وضربت صفحة رقبتى، قال فصم شهرين متتابعين. قلت : وهل أصبت الذى أصبت إلا من الصيام ؟ قال : فأطعم وسقا من تمر، ستين مسكيناً. قلت: والذى بعثك بالحق لقد بتنا وحشين ما أملك لنا طعاماً. قال فانطلق إلى صاحب صدقة بنى زريق فليدفعها إليك، فأطعم ستين مسكينا وسقا من تمر، وكل أنت وعيالك بقيتها. فرجعت إلى قومى فقلت: وجدت عندكم الضيق وسوء الرأى، ووجدت عند النبى ﷺ السعة وحسن الرأى . وقد أمرنى أو أمر لى بصدقتكم قال ابن إدريس : وبنو بياضة بطن من بنى زريق » أخرجه أبو داود . وأخرج الترمذى نحوه وله فى رواية أخرى مختصرة وقال فيها سلمان بن صخر وفيها فقال رسول الله ﷺ لعروة[1] ابن عمرو « أعطه ذلك العرق - وهو مكيل يأخذ خمسة عشر صاعاً أو ستة عشر صاعاً - طعام ستين مسكيناً » قال الترمذى. يقال سلمان بن صخر وسلمة بن صخر. وله فى أخرى عن سلمة بن صخر عن النبى ﷺ فى المظاهر يواقع قبل أن يكفر قال « كفارة واحدة » انتهى . وسيأتى فى الكتاب إشارة إلى أطراف من هذين الحديثين فليرجع فى ذلك إليهما إن شاء الله تعالى .

(قوله) « ولم يسأل أوساً عنها » هذا لا يستقيم على الرواية التى مرت، إذ ليس فيها أن النبى ﷺ خاطب أوساً. وإنما يستقيم على رواية أصول الأحكام، وستأتى قريباً إن شاء الله تعالى

---

(١) فى نسخة من الأصل : لفروة .

إذ لا يحتمله . قلنا : بل يحتمله (ق) يقع الظهار بلفظه فقط ، والطلاق بلفظ التحريم إن نواه . قلنا : ضعف الصريح بانضمام التحريم لاحتماله فافتقرا معاً إلى النية (محمد) ولو نوى بالظهار الطلاق لم يقع ، إذ هو لغيره فيكون مطلقا بالنية فقط ، فإن نواه بالتحريم وقع لاحتماله . قلنا : والظهار محتمل (ى) فإن لم ينو شيئا فظهار إذ هو الظاهر والتحريم تأكيد له (فرع) فإن نوى بالتحريم تحريم العين فيمين لما سيأتى ، ولزمه الظهار بقوله « كظهر أمى » فإن قدم الظهار على التحريم كان صريح ظهار ، إذ التحريم تأكيد له حينئذ « مسألة » (ه قين) ويتقيد بالشرط والاستثناء كالطلاق ، فإن قيد إثباته بمشيئة الله تعالى لم يقع إذ لا يشاؤه (قش) يقع . ولا وجه له . وإن علق بمشيئتها اعتبر المجلس « مسألة » (ه قين) ويتوقت فيتوقف على خروجه لوقوفه على الكفارة (لى ل لح) لا يقع ، إذ يبطل معناه وهو التشبيه بمؤبد التحريم . قلنا : يلزم مثله لو قيده بالتكفير (لك) يقع ويلغو التوقيت كالطلاق . قلنا : الطلاق مبطل للعقد لا الظهار .

فصل

وكنايته : «أنت منى أمى أو كأمى أو مثلها أو فى منازلها» فتشترط النية لاحتماله (فرع) (ه ش) فإن لم يرد بالكناية شيئاً فلا ظهار لترددها (ه) كذبة كذبها (ح ك مد محمد) بل يقع ظهاراً ، إذ هو كالصريح . قلنا : لا ، لاحتماله الكرامة (فرع) . قلت : والتحريم المطلق هو أن يقصد تحريمها غير معلق له بعينها ولا بالاستمتاع بها ، بل أراد تحريما غير معين ما يتعلق به كلو قال أوجبت منك تحريماً ما ، وتحريم العين هو تحريم عام معلق بجميع الانتفاعات ، كتحريم الميتة . كلو قال أوجبت تحريم منافعك جميعا . وتحريم الوطء المطلق هو تحريم يقع بالطلاق أو الفسخ فقط ، وتحريم الظهار هو الذى يرتفع بالكفارة (فرع) (ط ع هب) فان نوى بالصريح أى الأنواع الثلاثة المتقدمة لم يقع ، إذ صرفه إلى غير معناه الخاص كصرف صريح الطلاق . وإن نوى بصريحه التحريم الذى يرتفع بالكفارة ، أو لم ينو شيئا وقع كسائر الصرائح (م ص ح) بل يقع بأى الأنواع قصد . قلنا صرفه إلى غير معناه الخاص فلم يقع كالطلاق (فرع) (هب) فلا يقع بالكناية ممن لا يعرف معناه الخاص ، وهو التحريم المرتفع بالكفارة ، إذ شرطه النية ولم ينوه حيث لم يعرف معناه الخاص . ولا يقال : بل معناه الخاص التحريم المشبه بتحريم الأم

وقد قصده ، إذ التحريم المشبه بتحريم الأم كناية فى الطلاق كالظهار ، فلا يتبعن الظهار إلا بما ذكرنا ، وهو التحريم المرتفع بالكفارة (السيد ح) بل يقع بالكناية ممن لا يعرف معناه ، وغلط مخالفه . قلنا : باطل محض بما ذكرنا (فرع) قلت وخبر أوس مخالف للقياس ، إذ قصد به الطلاق حيث كان طلاقا فى الجاهلية ولقول امرأته خولة « اللهم إن أوسا طلقنى » الخبر . والمعلوم أن من قصد به الطلاق لم يكن مظاهرا ، لكن لما أراد الله سبحانه نقل هذا اللفظ فى الشرع عن التحريم المطلق ، إلى تحريم خاص ، جعل طلاق أوس ظهاراً ترخيصا له لأجل شكاية زوجته وابتهالها ، كما حكى الله سبحانه عنها ، وإعلاماً بنقل اللفظ إلى معنى آخر ، وهو الظهار ما لم يصرفه اللافظ إلى غير مانقل إليه ، فلايقاس على حكم أوس فيمن قصد بظهاره الطلاق لخصوصيته بما ذكرنا . وهذا أمر واضح اقتضاه البرهان كما ترى (فرع) (ى) ولو نوى بالطلاق الظهار طلقت والعكس ظهار ، إذ لاحكم لنية ما لم يوضع له اللفظ حقيقة أو مجازاً . قلت : بل تطلق إذ هو كناية طلاق ، إذ كان موضوعاً له فى الابتداء .

(قوله) « اللهم ان أوساً طلقنى » الخبر . حكى فى أصول الأحكام عن الهادى إلى الحق عليه السلام أن آية الظهار نزلت فى شأن أوس بن الصامت الانصارى ، من زوجته خوله ابنت ثعلبة وذلك أنه نظر إليها وهى تصلى فأعجبته فأمرها أن تنصرف إليه فأبت وثبتت على صلاتها فغضب وقال: أنت على كظهر أمى . وكان طلاق الجاهلية هو الظهار ، فندم وندمت ، فأتت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك ، وقالت: انظر هل ترى له من توبة . فقال: ما أرى له توبة فى مراجعتك ، فرفعت يدها وقالت: اللهم إن أوساً طلقنى حين كبرت سنى، ورق عظمى، وضعف بدنى. وذهبت حاجة الرجال منى فرحمها الله عز وجل فأنزل الكفارة ، فدعاه رسول الله ﷺ فقال «أعتق رقبة فقال: لا أجد ، فقال: صم شهرين. فقال يارسول ان لم آ كل كل يوم ثلاثة مرات لم أصبر ، فقال رسول الله ﷺ فأطعم ستين مسكينا فقال: ماعندى ما أتصدق به إلا أن يعيننى الله ورسوله ، فأعانه رسول الله ﷺ بعرق من تمر — وهو المكتل الكبير — فيه ثلاثون صاعاً فقال يا رسول الله والذى بعثك بالحق ما بين لابتيها أهل بيت أحوج منا إليه فقال النبي ﷺ : انطلق فكله أنت وأهلك وقع على امرأتك» انتهى . وفى الانتصار نحو ذلك . وفيه أنها قالت: « قدمت منه صحبتى ، ونثرت له كنانتى ، ولى منه صبية إن ضمهم إليه ضاعوا ، وإن أضمهم إلى جاعوا ، أشكو إلى الله عجرى وبجرى » إلى آخر ما ذكره والله أعلم .

فصل

(ه ش) ولا ينعقد قبل النكاح كالطلاق (ح ك) يقف على الشرط فيقف على النكاح إذا شرط به لا المطلق إجماعاً. قلنا: لم يقف على الشرط قبل النكاح «مسألة» ولا يقع على المبانة (بص) بل يقع. قلنا: ليست زوجة (يه) ولا على الرجعية لذلك وكالطلاق (م ى قين) بل الرجعية زوجة قلنا لا نسلم «مسألة» (ه قين ك) ولا يصح من المرأة إذ الآية خصت الرجال (الحسن بن زياد) إن قالت أنا منك أو عليك كظهر أمي. انعقد، إذ هو يمين فيصح منهما جميعاً (ف) هو تحريم فيلزمها أقل ما فيه كفارة يمين (بص خمى) علقه الله بالأزواج فلا يصح من الزوجة. ويصح من الأيم للأجنبي إذ لا زوج هناك شغلت به فصح منها (لح) ينعقد وتجزئها كفارته أو كفارة يمين لتردده بينهما (عى) يمين من الزوجة ظهار من الأيم للأجنبي، فتكفر للظهار متى تزوجته. قلنا: كلها تحكمات لا تقتضي العدول عن ظاهر الآية.

فصل

وإنما ينعقد من مسلم مكلف مختار لزوجة تحته ولو صغيرة وغير مدخولة (ن) لا يصح منهما. قلنا: لم تفصل الآية «مسألة» (ه قين) ولا يصح من أم الولد، لقوله تعالى (من نسائهم) والمراد الزوجات وكالطلاق والإيلاء (ك ث ل عى لح) وعن (على) يصح قياساً على الزوجة. قلنا: الزوجة يلحقها الطلاق فافترقا «مسألة» (عم عى ه مد قين) وعن (على) ويصح من الزوجة الأمة لما مر (موسى بن جعفر البسني من الناصرية) لا، إذ نساؤهم الحراير. قلنا: بل الظاهر الزوجات هنا، وإذ لم يسأل ﷺ سلمة عن ظاهر منها فلا فصل[1] «مسألة» ويصح من العبد لزوجته ولو أمة إجماعاً، إذ لم تفصل الآية. وعن قوم لا لتعذر التكفير. قلنا: صح طلاقه فصح ظهاره، فيكفر بالصوم (فرع) (ه قين) ولا يكفر بالعتق والاطعام إذ لا يملك (ك) إن أطعم باذن مولاه جاز، لا العتق (ثور) إن أعطاه عبدا جاز أيضا قلنا: هما فرع الملك وهو لا يملك، لقوله تعالى (لا يقدر على شيء) «مسألة» (ه حص عى) ولا يصح من كافر ولو ذميا لاستلزامه الكفارة، ولا قربة لكافر ولو ارتفع التحريم بغيرها لم يكن تحريم الظهار (زشص) يصح منه كالمسلم، ويكفر بالعتق أو الاطعام. قلنا: هما بنية الكفارة قربة «مسألة» ولا يصح من

(١) في نسخة: قالوا عرف حالها فقال اتق الله في ابنة عمك اهـ

غير مكلف ، وظهار السكران كطلاقه «مسألة» (أكثره ش) ولا يصح ظهار بغير الأم لمفهوم الآية إذ لم تنه إلا عن التشبيه بها فبقى ما عداها على الإباحة (حص عى ث لح ن ى ز قش) بل تقاس المحارم ولو من رضاع عليها إذ العلة التحريم المؤبد (ابن القاسم) من (صش) ولو من الرجال (ك البتى مد) وغير المؤبد فيصح بالأجنبيات . قلنا : إنما نهى عما كان مستعملا ، ولم يستعمله العرب فى غير الأم نسبا لا رضاعا لخصوصيتها فافترقا ، سلمنا فيلزم فيمن قال كفرسى ونحوه « مسألة » (يه ح) ولا نهدمه البينونة بفسخ أوطلاق ، إذ لا دليل (ش فو) إذا بطلت الزوجية بطل الظهار ، إذ هو تابع . قلنا: فيعود حكمه بعودها «مسألة» (ط) ويدخله التشريك فتشترط النية لاحتماله ، نحو وأنت يافلانة مثلها أوشريكتها . قلت : والتخيير ، فيقع مبهما كالإيلاء « مسألة» ولوقال أنت حرام ونوى به الظهار والطلاق معاً (ى) عين إحداهما إذ لا تكون اللفظة طلاقا ظهاراً وقيل يتعين ما أقر به أولا والثانى رجوع «مسألة»

ولو علق ظهار امرأته بظهار الأجنبية وأراد اللفظ وقع عند تلفظه به للأجنبية وإن لم يصح فى حقها ، وإن أراد المعنى لم يقع ، إذ لا يصح فى الأجنبية «مسألة» وإذا ظاهر منها ثم اشتراها ، فان كان بعد العود كفر (ش) وكذا قبله كلو لم يشترها (ى) بل لا يلزم هنا إذ لا يصير بمجرد الشراء عائداً قلت : ولا يطؤها بالملك حتى يكفر لظاهر الآية .

فصل

ويحرم به الوطء حتى يكفر إجماعاً ، لقوله تعالى (من قبل أن يتماسا) قلت : وتقضى وقت المؤقت كالتكفير (ه ح ك قش) وكذا مقدماته لشهوة لعموم المس (ث ش) المس الوطء فقط ، لقوله تعالى (من قبل أن تمسوهن) فيحل ماسواه للظاهر قلنا : خصه هناك بالمجاز الاجماع ، وهنا لا مانع من إرادة الحقيقة معه (ح أبو هاشم أبو عبد الله البصرى) لا يراد باللفظة حقيقتها ومجازها (ش يه) لا مانع عقلى ولا لغوى (عى) يحل له ما فوق الازار كالحيض . لنا : عموم المس (فرع) ولها طلب رفع التحريم (ع ف) فيحبس له إن لم يطلق ولو عاجزاً عن الوطء فى الحال كالمولى (ك) بل تمنع نفسها حتى يرفعه (حص ابن شبرمة) تستنصر عليه حتى يرفعه . قلنا : عليها غضاضة فلزمه رفع الضرار برفع التحريم « مسألة »

(ابن داعى هب) فإن وطىء كف حتى يكفر ، لقوله ﷺ لمن فعل «لا تقربها حتى تكفر» (هب) وهى أداء (صش) بل قضاء إذ وقتها قبل الوطء . لنا : ظاهر الخبر (بعض ها) بل تسقط لفوات وقتها . لنا : الخبر (هد) لا تسقط بل يلزم معها أخرى الوطء . قلنا : لم يوجب الخبر الثانية (ص) لا يكف والكفارة فى ذمته . لنا : الخبر «مسألة» (ه قين) ولا يصير موليا بتأخير الوطء عن العود بالارادة إذ لا مقتضى له (ك) يدخل فى حكم الايلاء بمضى مدته مع تقدم التحريم . قلنا : الظهار محرم لا الايلاء فلا ينعقد أيهما بلفظ الآخر «مسألة» و تجب الكفارة بعد العود إجماعاً لقوله تعالى (ثم يعودون) الآية (ع ده سعيد بص) ثم (ه حص) والعلة العود إذ رتب الحكم عليه بالفاء وهو تنبيه نص (هدث) بل الظهار وحده إذ قصد به التحريم وهو موجبها . قلنا : فيلزم صحتها قبل العود ولا قائل به (ى هر و ك مد ش د) بل مجموعهما إذ رتبها عليهما معاً (ى) إلا أن العود شرط كالاحصان مع الزنا(ش) بل جزء من العلة . قلت : وهو قوى «مسألة» (ده سعيد) ثم (ه حص) والعود إرادة المس وهو ما حرم بالظهار، لأنه إذا أراد فقد عاد عن عزم الترك إلى عزم الفعل سواء فعل أم لا ، إذ لم تفصل الآية (ش) بل هو إمساكها بعد الظهار وقتاً يتسع لطلاق ولم يطلق إذ تشبيهها بالأم يقتضى إبانتها ، و إمساكها نقيضه . قلنا : الامساك ليس بعود لغة ولا عرفاً (ك مد) بل العزم على الوطء فقط وان لم يطأ (بص و هر) بل الوطء نفسه وهو الذى حرم . قلنا : بل إرادة المس لما مر (د شعبة) بل إعادة لفظ الظهار قلنا : السابق إلى الفهم خلافه «مسألة» ولو ظاهر ثم طلق بائنا فلا كفارة إذ لا عود حينئذ، كلو مات قبل العود ، فإن عقد بعد البائن وأراد المماسة كفر ، إذ لا يهدمه إلا الكفارة . وكذا لو ارتد أو جن قبل العود أو بعده ثم أسلم أو أفاق (م ص ش) بل تسقط بالردة بعد العود . لنا : ظاهر الآية . «مسألة» (يه زح ث لح عى) وتتعدد بتعدد المظاهرات لظاهر الآية (ك) لا ، إذ هو يمين

(قوله) «لا تقربها حتى تكفر» عن ابن عباس أن رجلا أتى النبى ﷺ قد ظاهر من امرأته فوقع عليها ، فقال : يا رسول الله إنى ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل أن أكفر قال : «وما حملك على ذلك يرحمك الله؟ قال رأيت خلخالها فى ضوء القمر، فقال لا تقربها حتى تفعل ما أمر الله عز وجل» أخرجه النسائى ، وأخرجه أيضا هو وأبو داود عن عكرمة مرسلا . وقال النسائى المرسل أولى بالصواب .

لقوله ﷺ « كفر عن يمينك » وكـكفارة الإيلاء (شص) إن تعدد اللفظ تعددت و إلا فقولان أحدهما و (٢) و (مد) كقولنا ، والثانى كقول (ك) (فرع) (يه عى ك قش) ولا تكرر بتـكرره مالم يكفر كالطلاق قبل الرجعة (صا) بل تكرر لظاهر الآية ، وكالطلاق (زث حص قش) إن كان فى مجالس تـكررت و إلا فلا ، إذ هو كالتأكيد (ش) إن لم يقصد به التأكيد تـكررت . قلنا : لانسلم تـكرر الطلاق ، و إذ لم يسأل رسول الله ﷺ أوساعن التكرير . فإن تخلل التكفير تكررت إجماعاً كالحد والطلاق بعد الرجعة (فرع) و إذا تعددت وتعذر العتق للجميع أعتق ما استطاع ثم البدل فى الباقى .

فصل

والـكفارة واجبة على الترتيب إجماعاً للآية ، أما العتق ففيه مسائل « مسألة » (أ كثره ك ش) فلايجوز ولا يجزئ عتق الـكافر ، لقوله تعالى (واغلظ عليهم) والعتق يخالف (طاخمي ز ح ف) لم يشترط الايمان فى الآية فتجزئ الذمية . قلنا : اكتفاء بالأمر بالغلظة وشرطه فى رقبة القتل فكذا هنا كالعدالة فى الشهود ، ولبحثه ﷺ عن إيمان أمة سأله سيدها عن إجزائهــا (ى) أما كافر التأويل فيجزئ إذ له حكم الاسلام عند المـكفر له . قلت : وسيأتى له خلاف هذا . و يجزىء الفاسق تصريحا وتأويلا لإسلامه (ن ش) لا . قلنا : مؤمن بالله ورسوله « مسألة » (ه قين) و يجزىء الصغير المسلم إذلم تفصل الآية (ك مد) لا ، إلا من صلى وصام ، إذ الايمان قول وعمل واعتقاد . قلنا : للصغير حكم الـكبير كما سيأتى « مسألة » والبالغ المجلوب من دار الـكفر إن نطق بالشهادتين أجزأ و إلا فلا ، ولايكفى فى اليهودى حتى يتبرأ مما عدا دين الاسلام ، لاقرار بعضهم بنبوة محمد ﷺ إلى العرب « مسألة » (أ كثره د) وتجزىء المعيبة بالعمى ونحوه ، إذ لم تفصل

(قوله) « ولبحثه ﷺ عن إيمان أمة سيدها سأله عن إجزائها » عن أبى هريرة أن رجلا أتى النبى ﷺ بجارية سوداء فقال : يا رسول الله إن على رقبة مؤمنة ، فقال لها أين الله ؟ فأشارت إلى السماء بأصبعها فقال لها : فمن أنا ؟ فأشارت إلى النبى ﷺ وإلى السما ــ تعنى أنت رسول الله ــ فقال : أعتقها فانها مؤمنة » اخرجه أبو داود .

الآية ، والسليم أفضل لقوله ﷺ « أفضل الرقاب عند الله » الخبر (تضى لـ قين) لا ، كالحب المسوس . قلنا : القصد بالطعام الأكل بخلاف العتق « مسألة » (ه) ومستند الإجزاء فك الرقبة فأجزأ المأيوف أى آفة (ش) بل كال المنفعة فلا يجزىء المأيوف بما ينقص منفعته نقصانا ظاهراً إذ العتق تمليك المنفعة ، فلا يجزىء مع نقصها الواضح ، كالأقطع والأعمى ، لا الأعور لبقاء المنفعة (ح) بل كال الأعضاء والمنافع فلا يجزىء ذاهب عضوين أخوين ولا أصم ولا ذاهب رجل و يد من جانب . و يجزىء من خلاف (ك فر) بل الكمال مطلقا فلا ، يجزىء ذاهب أذن ونحوه . لنا :(فتحرير رقبة) ولم يفصل (فرع) (هب قين) ويجزىء الرتقاء ونحوها ، والمجبوب ونحوه (ك) لا ، و(الش) فيمن أطبق جنونه . قولان و يجزىء ولد الزنا للآية (عى هرطاخمى الشعبي) لا ، لقوله ﷺ «ولد الزنا شر الثلاثة» قلنا : مر تأويله (ش) ولا يجزىء ذو المرض المخوف كالسل والإسهال والحمى المطبقين ، ولا مقطوع الابهام والأصبعين من يد أو أنملتى السبابة والوسطى لا الخنصر والبنصر ، ولا أصلخ أى أخرس لنا : قوله ﷺ « من أعتق رقبة » الخبر ، ولم يفصل « مسألة » (ه ش البتى) و يجزىء المدبر لكمال رقه ، ولجواز بيعه فى حال (حص ك) لا ، إذ استحق العتق بالتدبير . قلنا : غير منبرم « مسألة » (ى ه حص قش) ولا تجزىء أم الولد لاستحقاقها العتق (صاءان إمامية البتى عش) تجزىء لجواز بيعها . قلنـا : لا نسلم كما سيأتى (هب ش لـ عى ث) ولا مكاتب كره الفسخ لاستحقاقه العتق بعقدها (حص ل) لا يجزىء إذ قد أدى شيئا إن لا كمال حينئذ كلو أعتق نصيبا قلنا : إن فسخها كمل رقه (ثور لى) يجزىء مطلقا إذ هو عبد ما بقى درهم . قلنـا : المراد إن عجز و إلا لزم جواز بيعه « مسألة » (هب ش لـ فر) ولا ذو رحم محرم ملكه فأعتقه عنها ، إذ يعتق بالملك (حص) يجزىء استحسانا إذا اقترنا ترجيحاً لما فيه قربة ؛ قلنا : عتقه بالملك سابق « مسألة » (ى) ولا يجزىء مع شرط العوض ، فلو قال له آخر : أعتق عبدك عن ظهارى على أن لك على مائة درهم ، فأعتق عتق ، ولا يجزىء إذ العتق لأجل الكفارة والعوض جميعاً . قلت : وفيه نظر على

(قوله) «أفضل الرقاب عند الله» الخبر . لفظه عن عائشة « أن رسول الله ﷺ سئل عن الرقاب أيها أفضل ، قال : أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها» أخرجه الموطأ وقيل هو مرسل .

(قوله) « من أعتق رقبة » الخ . عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ . « من أعتق رقبة مسلمة أعتق الله بكل عضو منها عضواً منه من النار » أخرجه مسلم والترمذى .

مذهبنا «مسألة» (هب) ومن أعتق عبد نفسه عن غيره فبأمره عتق عنه إذ هو كالوكيل، فكأنه تملكه ثم أعتقه (هـ م ش) فيجزىء عن ظهار من أعتق عنه، وقيل إن كان بعوض أجزأ إذ يصير كالمشتري و إلا وقع عن المعتق . قلنا : لا وجه للفرق (هب ح ش) لا يجزىء من غير إذنه بل يقع عن المعتق فالولاء له لقوله ﷺ «الولاء لمن أعتق» (ك) إن كان واجبا أجزأ ووقع عنه كالدين و إلا فكقولنا . قلنا : الدين لا يفتقر إلى نية فافترقا ، وسواء كان المعتق عنه حياً أم ميتاً «مسألة» (هـ فو) ولا يجزىء المشترك إلا عن الموسر ،إذ هو بالضمان كمعتق الكل، والمعسر كمعتق البعض لسعاية العبد (ش) يجزىء المعسر النصف إن تعقبه شراء النصف الآخر، و إلا بقي النصف مملوكا ولم يجزىء النصف العتيق لنقصانه،وهو مبنى على تبعيض العتق وسنبطله(ح) لا يجزىء مطلقا (ح) لتبعيض العتق (ن) لسعايته عن الموسر كالمعسر . قلنا : سنبطله « مسألة » و يجزىء المغصوب من مالكه (أكثر صش) مغلوب على منافعه فلا يحصل القصد بالعتق . قلنا : القصد الحرية . فان أعتق الحمل عنها عتق ولا يجزىء ، إذ ليس بمستقل . و يجزىء الراهن باذن المرتهن ومن غير إذنه يكون موقوفا . و يجزىء العبد الجاني عندنا لما سيأتي «مسألة» ونية التكفير شرط ولا يكفي نيتها عن الواجب لتنوعه، وتكون مقارنة أو متقدمة بيسير كالزكاة. ولو نواها عن الظهار لم تجزه عن القتل « مسألة » (ى) ومن عليه كفارة يمين وظهار وقتل ولا يجد إلا رقبة فأعتقها بنية التكفير ، ثم صام شهرين، ثم مرض فأطعم ستين مسكيناً، سقطت الثلاث لحصول الوفاء . قلت: وفيه نظر،إن لم يعين « مسألة » (هب ح) وإذا أعتق عبدين عن كفارتي قتل وظهار لم يصح لعدم التعيين بخلاف ظهارين وقتلين ، لدخولها في مطلق النية « مسألة » (ه عى خى حص ك) ومن لا يملك إلا رقبة يحتاجها كمقعد وأعمى أعتقها لقوله تعالى(فمن لم يجد) ولم يفصل (ص ى ش ل) بل يجزئه الصوم إن أحاطت الحاجة بالرقبة كالمسكن ، فان كان في ثمنها فضلة تكفيه ورقبة للكفارة باعها « مسألة » (ه قين) ولو أعتق نصف عبد وصام شهراً أو أطعم ثلاثين لم يجزه ، إذ لا يصح النوع الثاني إلا بعد تعذر الأول للآية « مسألة » (ع ى) ولو أعتق نصف عبده عن كفارته عتق جميعه ولم يجزه إذ عتق النصف الثاني بالسراية لا بنية الكفارة (ط) القصد عتق الرقبة وقد حصل . قلنا :

(قوله) « الولاء لمن أعتق » تقدم وسيأتي .

لاعمل إلا بنية (فو) يجزىء عتق النصف إذا تعقبه عتق الثانى بنساء على تبعيض العتق وسنبطله « مسألة » (ع قش) ولو أعتق نصف عبدين عتقا ولم يجزه، إذ ليس رقبة كاملة (ش) النصفان كالواحد. قلنا: أوجبت الآية رقبة « مسألة » ومن ظاهر من زوجته المملوكة ثم لزمته الكفارة بالعود فاشتراها وأعتقها عن ظهاره أجزأته كما لو قال إن ملكت أمة فعلى عتق رقبة، فاشترى أمة ثم أعتقها عن نذره أجزأته «مسألة» (ى) ولا يجزىء عتق الغائب غيبة منقطعة، إذ لا تعلم حياته، فلا يتيقن البراء. قال و يحتمل الاجزاء إذ الظاهر الحياة. قلت: والأول أرجح إذ عليه تيقن براءة ذمته « مسألة » (ع) فان أعتق عبدين عن ظهارين أجزأ، إلا أن ينوى كل واحد عنهما معا لما مر « مسألة) (ى) ولو قال أنت حر الساعة عن ظهارى إن ظاهرت، عتق فى الحال ولم يجزه إن ظاهر، فان لم يقل الساعة لم يعتق حتى يظاهر. قلت: والقياس أن لا يعتق فيهما حتى يظاهر كما مر فى اليوم إذا جاء غدا. إلا أن يجعل إن ظاهرت تتمة لقوله عن ظهارى، لا قيدا للعتق والوجه ظاهر « مسألة » (يه حص) ومن وجد العتق حال الصوم أعتق، إذ صار واجداً قبل فراغ الصوم (ش) لا حكم لوجوده بعد التلبس بالبدل كبعد فراغه (صا عن[1]) إن وجدها فى الشهر الأول فكقولنا، إذ لم يمض الأكثر والافكالشافعى. قلنا: وجد قبل الخروج من عهدة الأمر فتعينت كقبل الشروع « مسألة » (طح ك ش) والعبرة بالوجود حال الأداء إذ قوله تعالى (فمن لم يجد) متعلق بحال الاداء (قش عمد) بل بحال الوجوب كالحدود. قلنا: حق ذو بدل من غير جنسه فاعتبر بحال الاداء كالطهارة. قالوا قال ﷺ «الحدود كفارات» فترد إليها. قلنا: أراد سقوط العقاب بها مع التوبة (الاسفراييني) العبرة بأغلظ الأحوال كالحج. لنا مامر

فصل

فمن لم يجد فصيام شهرين هلاليين تامين أم ناقصين، لقوله ﷺ «الشهر يكون هكذا وهكذا» الخبر. فان ابتدأه بعد مضى بعض الشهر اعتبر الأول بالعدد والثانى بالهلال كما مر. قلنا: ولا بد من نية الصوم إذ لا عمل إلا بنية وكونه عن الظهار ليتميز عن أنواع الصوم ولا تجب

(قوله) « الحدود كفارات » حكاه فى الانتصار.
(قوله) « الشهر يكون هكذا » الخ. تقدم.

(١) يعنى رواية عن الناصر

نية التتابع ، إذ القصد وقوعه فقط كعدد الركعات . ولا يحتاج الى نيـة الوجوب (قش) تجب ، ولا وجه له «مسألة» (ى قش) و إذا فسد التتابع صار الأول نفلا (قش) لا، لنا: قوله تعالى (لا أضيع عمل عامل) و إذا بطل الوجوب تعينت النفلية ، إذ لم يفسد الصوم « مسألة » (ع ش) ومن صام ستة أشهر عن ظهارات كفى نية صومه عن الظهار ، و إن لم يعين . إذ الجنس الواحد كالشيء الواحد (ح) القياس يمنعه ، إذ المتعدد كالمختلف فى وجوب التعيين والاستحسان يصححه لتماثله «مسألة» (يه الحنفية) و إذا اختلف الجنس وجب التعيين ، كالصوم عن رمضان ، والنذر (ش) قال تعالى : (فصيام شهرين) ولم يفصل ، قلنا يعنى عما سياقها له من قتل أو ظهار «مسألة» (ه قين) و يجب تحديد النية لكل يوم و تبييتها ، و إذا التبس السبب جاز أن ينوى عما عليه إجماعا ، إن تعذر التعيين «مسألة» (ه فو) و إذا نوى رمضان عن كفارة لم يجزه عنهما لتعينه لغيرها ، ولو مسافراً أو مريضاً ، لما مر (هب) ولا عن رمضان ، إذ نوى غيره (ح) إذا سقط بالسفر والمرض أجزأ عن الكفارة لزوال المانع . قلنا : عين لغيرها ، فلا يجزىء غير المعين « مسألة» ولا يجزىء صوم العيدين وأيام التشريق لتحريم صومها . وله وطء غير التى ظاهر منها فى حال التكفير إجماعا ، لا وطؤها فى الشهرين للآية « مسألة » و إذا وطئها قبل التكفير أثم إجماعا . لقوله تعالى (من قبل أن يتماسا) و إذا وطيء نهاراً متعمداً استأنف إجماعا . لقوله تعالى (متتابعين) «مسألة» (بص يه ح مد ث ل لى النخعى) و إذا وطئها قبل فراغ الشهرين ليلا استأنف . لقوله تعالى (من قبل أن يتماسا) (ش ف) له أن يطأها ليلا ، إذ علة النهى إفساد الصوم ، ولا إفساد بوطء الليل . قلنا : عموم الآية لا يعارضـه القياس (فرع) (بص خعى ل يه ح مد ث) فإن وطيء نهاراً ناسياً استأنف أيضا ، إذ لم يفصل الدليل وكالاعتكاف (ن ى ش ف) لم يفسد الصوم فكذا التتابع . قلنا : لا نسلم الأصل «مسألة» و إذا أفطر متعمداً بلا عذر استأنف إجماعا (يه ك مد قش) ولعذر مأيوس بني و إن زال ، كتخلل الحيض (ح قش) بل يستأنف لا ختياره التفريق . قلنا : العذر صيره كغير المختار (ط ع) فإن كان مرجواً فكذلك (م ى ش) الرجاء صيره كالمختار . قلنا : لا اختيار مع العذر (فرع) ولا تستأنف من حاضت فى كفارة القتل ، لتعذر الاحتراز ، وفى النفاس تردد (ى) تستأنف لإمكان الاحتراز .

فصل

ومن عجز عن الصوم لضعف يضره مع الجوع ، أو العطش أو يزيد فى علته أو يمـدها ،

أو بحدثها، أجزأه الإطعام اجماعاً للآية (يه ،مد ك ش) ولا يجزىء دون ستين للآية (زن حص) بل يجزىء إطعام واحد ستين يوما ونحوه . إذهو فى اليوم الثانى مستحق كقبل الدفع اليه . قلنا: مسكين واحد قبض قوت يوم من كفارة ، فلا تجوزله الزيادة كأخذ صاعين فى يوم ،سلمنا فقياسكم دافع لظاهر الآية . قالوا : تقديرها : فإطعام طعام ستين . قلنا :لادليل «مسألة» (يه م حص ث) وهو صاع من تمر أو ذرة أو شعير أو زبيب ، أو نصفه من بر، لإعانته ﷺ سلمة بن صخر بستين صاعا تمراً ، فقيس عليه غيره (ش) بل مد لإعانته ﷺ الواطىء فى رمضان بعرق خمسة عشر صاعا تمراً . قلنا : فى كفارة وطء رمضان لا الظهار، فافترقا . سلمنا : فحديث سلمة أرجح ، إذ هو صاحب القصة ، وصاحب العرق مجهول (ك) بل عن كفارة اليمين ورمضان مد ، والظهار مد وثلث (مد) بل من البر مد ، ومن غيره مدان . لنا : خبر سلمة ورجحانه « مسألة » (ه ش) ولايجزىء فى مكاتبه ، إذ هو عبد مابقى عليه درهم (ى حص) فقير مالك للتصرف ، فأشبه الحر وكالزكاة . قلنا : لم تنفذ حريته ، فملكه غيرمستقر، واذ لو عجز رد « مسألة » (يه) ويجزىء فى عبد الفقير، إذ يملكها سيده بقبوله (ن ى ش) لا يملكها لنفسه لرقه ، ولا لسيده . إذ لم يأمره . قلنا : قبضه قبض لسيده لملكه لكسبه . قلت : والأقرب . أن الاباحة كالتمليك . ولا يجزىء فى أم ولده لرقها . ولا تجزىء فى حربى وزنديق إجماعا ، إذ أمرنا بالاغلاظ عليهم (ه ش) ولا فى ذمى لكفره كالحربى (ح) آمن محقون الدم كالمسلم . قلنا : حقن دمه بالجزية لا بالاسلام ، فافترقا (وعن ابن شبرمة العنبرى) إجزاؤها فى كل كافر ، ولعلهما يعنيان غير الزنديق والحربى ، ولا تجزىء فى غنى إجماعا ، كالزكاة ، ولامن تلزمه نفقته على الخلاف . وحكم الفاسق ما مر فى الزكاة (ه ش) وتجزىء فى الصبى والمجنون ، ولا يعتبر إذن الولى فى الاباحة عندنا ، ويعتبر فى التمليك كالزكاة . قلت : الأقرب أن الاباحة كالتمليك (حص الأزرق) إنما يملكها من يتصرف لنفسه . قلنا: تصرف الولى كتصرفه ، فدخل فى عموم الآية، وتعتبر النية كما مر . وتجزىء إلى الولى اتفاقاً «مسألة» والاطعام تمليك وإباحة . فالتمليك دفع الصيعان بنيتها (الأكثر) ويجزىء دفعه جملة و يقتسمونه (الاصطخرى) لا . لمشقة القسمة كالسنابل . قلنا: السنابل مجهولة ، ولا تجزىء الجملة حتى يقول :

(قوله) « لاعانته ﷺ الواطىء فى رمضان » تقدم فى كتاب الصيام .

لكل واحد منكم صاع « مسألة » (ه حص) وتجزىء الإباحة وهى تقريب الطعام مصنوعا ليأكلوه، أو التمر، أو الزبيب . لظاهر قوله تعالى (فإطعام) وحصول المقصود (ش) ظاهر الآية التمليك ، فلا تجزىء الإباحة . قلنا : لا نسلم « مسألة » والواجب إخراجها من أى قوت فى البلد وندب من غالب قوته ، والعدول إلى الأعلى ، ويكره الأدنى ، ويجزىء فى الأصح « مسألة » (ه ش) ولا تجزىء القيمة (زساق ن ص م ح) تجزىء لما مر فى الزكاة « مسألة » (ه حص) وإنما يجزى فى الإباحة عونتان ، إذ هو الوسط بين الثلاث والمرة فى اليوم (ى ش) بل شبعة واحدة ، إذ هو أوسط ما يحتمله لفظ إطعام . قلت : وجوب الصاع فى التمليك يقتضى العونتين فى الإباحة ، إذ هو قدرهما أو أكثر (فرع) فإن ماتوا بعد إحدى العونتين ، أو بطل استحقاقهم بأى وجه استأنف المكفر ، ويضمن الممتنع فيعلمهم أنه مكفر ليشبعوا ويحضروا للأخرى (فرع) ولا بد من الأدام فى الإباحة قولا واحداً (ه ن) ، وفى التمليك (م ش) لا . لنا ماسيأتى . وأعلاه اللحم والعسل ، وأدناه الخل واللبن ، وأوسطه السمن (ى) ، ولا يجزىء الملح إذ هو مما يصلح به الطعام كالماء . « مسألة » (جم حط) وتجزىء الإباحة للمراهق، إذ لم تفصل الآية . (الأزرق حص) يأكل قليلا فلا يجزىء ، كنصف صاع . قلنا : لا نسلم فى المراهق. « مسألة » فإن دفع الستين إلى ثلاثين ، رجع بنصفها إن كانت باقية وبين أنها عن واحدة ، وإن كانت تالفة فلا، إذ هو فى حكم المبيح ، وفيه ماقدمنا من النظر. ولو دفع الصاع إلى فقير مفرقا فى أوقات أجزأ لتمام الصاع (فرع) (ط ض زيد) ، ويجوز دفع كفارات ولو من جنس واحد فى جماعة ، ويكره مع وجود غيرهم ، إذ القصد المواساة ، فإن تعذر إكمال العدد من بلده فمن بلد أخرى «مسألة» (هم قين عك) ، ولا يطأ قبل الإطعام وحاله كالصوم (جم عك) وعن (ث) لم تشترطه الآية إلا مع العتق والصوم . قلنا : والإطعام مقيس ، إذ القصد تقديم التكفير على المس . (فرع) (ع أبو جعفر ابن داعى الزمخشرى) فإن فعل لم يستأنف إذ لم يشرط تقدمه ، وللاجماع قلنا : إن صح الإجماع فسلم وإلا فالقياس وجوبه . « مسألة » (يه قين ك) وكفارة العبد شهران إذ لم يفصل الدليل (صابان) ، بل شهر إذ هى عقوبة كالحد . قلنا : بل عبادة فلا تتنصف كالصلاة .

باب

والإيلاء فى اللغة الحلف بالله مطلقا

قال الشـاعر :

فآليت لا أرثي لها من كلالة ولا من وجاً حتى تلاقى محمداً

وفى الشرع : الحلف من الزوجة أربعة أشهر فصاعداً ، وكان فى الجاهلية تحريما مؤبداً ، قيل: وفى أول الاسلام ثم نسخ . والأصل فيه قوله تعالى(للذين يؤلون من نسائهم) الآية . و إيلاؤه ﷺ من نسائه ، والإجماع على إباحته . «مسألة» وصريحه: الحلف من جماعها بلفظ لا يحتمل غيره ، كالنون والياء والكاف،و إدخال الذكر فى الفرج ، ونحوها ،فلاتعتبرالنية فإن قال فى البكر: لا أفتضها احتمل الصريح للعرف،والكناية ،إذ قد تفتض بالأصبع. ولاوطئتك ولا أصبتك صريح عرفا ومثله:لاجامعتك. فان قال بذكرى فصريح من الأصل، وكنايته لاجمعنا ثوب أو بيت ،واحد ولأغايظنك بما تكرهين ، ونحوه (هب قش) ، ولا مسستك ، أو لا أفضيت إليك ، للاحتمال والعجمى فى ذلك كالعربى ، إذ لم يفصل الدليل (هب ى) ولاغشيتك ولا قربتك ولا باضعتك كناية (الاسفراييني) صريح ، قلنا : محتمل . «مسألة» ولو قال : لا جامعتك إلا جماعا ضعيفالم ينعقد ، فإن قال : إلا جماع سوء وأراد الضعيف لم ينعقد إذ الضعيف جماع و إن زاد إلا فى الدبر انعقد إذ قد آلى من القبل . ولا اغتسلت ولا اختليت منك ، كناية ولا كسوتك ولاأطعمتك غير صريح ولا كناية . « مسألة » و ينعقد فى الغضب إجماعا (ع ن ك) لا فى الرضا (يه قين) لم يفصل الدليل . فإن حلف من الدبر لم ينعقد . «مسألة» و ينعقد بالشرط كالطلاق (ط) فإن قيده بمشيئتها اعتبر المجلس ، إن أتى بإن لأن إن شئت للفور ، لما مر ، لا متى شئت ونحوها فللتراخى ،

باب الايلاء

(قوله) « وايلاؤه ﷺ من نسائه » عن أنس بن مالك قال: آلى رسول الله ﷺ من نسائه شهراً وكانت انفكت قدمه فجلس فى علية له، فجاءه عمر فقال : أطلقت نساءك؟ قال : لا ، ولكن آليت منهن شهراً . فمكث تسعا وعشرين ثم نزل فدخل على نسائه» هذه إحدى روايات البخارى وفيه روايات أخر له ولغيره . وفى معناه أحاديث .

ولا ينعقد إن قيده بمشيئة الله تعالى، إذ لا يريده ولا يكرهه لإباحته. فإن قال: إن لم يشأ الله تقيد به. فإن قال: لا وطئتك حتى كذا، لم ينعقد إلا مع تيقن تأخره عن الأربعة، إلا أن يقول حتى تفطمي ولدك، فلا ينعقد مطلقا، إذ القصد منفعة الولد لا الايلاء، لقوله ﷺ «لولا أن أشق لنهيت الرجال» الخبر. قلنا: فيلزم لو آلى ليفرغ للعبادة، ولا قائل به. «مسألة» (هب) وينعقد وإن لم يقصد ضرارا لكن يضره الجماع (ص ك) لا، قلنا: لم يفصل الدليل.

فصل

وإنما ينعقد من مكلف مختار مسلم غير أخرس بالقسم فقط، من زوجة تحته كيف كانت لما سيأتي ويصح من العبد إجماعا، إذ لم تفصل الآية. (ه ك فو) لا من كافر، لاستلزامه الكفارة وهي قربة (عي ش ح) لم تفصل الآية، فيصح من الذمي ويكفر بالعتق. قلنا: خصصها القياس (فرع) وينعقد بالقسم إجماعاً للآية. (ه قش) لا بالمركبة[1]، إذ لا تسمي ألية (ش حص ك) بل تدخل في الآية. قلنا: لا نسلم لغة ولا عرفا. ولا بالحلف بالأنبياء والقرآن، إذ ليست يمينا عندنا لما سيأتي. (فرع) وإنما ينعقد من الزوجة لا الأجنبية إجماعا، لقوله تعالى (من نسائهم) والمراد الزوجات بلا خلاف. «مسألة» (هب ابن الصباغ)، ولا ينعقد بالأجنبية وإن تزوجها في المدة كالطلاق (الطبري ك) إذا تزوجها وقد بقيت الأربعة صار كمن آلى ثم خالعها ثم تزوجها في المدة قلنا: ذاك آلى وهي زوجته فافترقا. «مسألة» (هب)، ولا إيلاء من مطلقة ولو رجعية كالأجنبية، خلاف من يقول بتوالي الطلاق و(ابن أبي الفوارس والواف) (فرع) (لهم) ومدته من يوم اليمين (ش) بل من يوم الرجعة. قلنا: لا يمنع الوطء في عدة الرجعي، فيكون من يوم اليمين كالزوجة، «مسألة»، ولا يصح من المملوكة لقوله تعالى (من نسائهم) وهن الزوجات عرفا. ولقوله

(قوله) «لولا أن أشق على أمتي لنهيت على الغيل» هكذا في الانتصار. والذي في الجامع عن جذامة بنت وهب أنها سمعت النبي ﷺ يقول «لقد هممت أن أنهى عن الغيلة حتى ذكرت أن الروم وفارس يصنعون ذلك فلا يضر أولادهم» هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا البخاري (ح) الغيل بفتح الغين المعجمة: وطء المرضع، وكذلك الغيلة بكسر الغين «فائدة» قال مالك: من حلف لامرأته أن لا يطأها حتى تفطم ولدها فان ذلك لا يكون إيلاء. قال وبلغني أن علي بن أبي طالب سئل عن ذلك فلم يره إيلاء. ذكره في الموطأ.

---

(١) كأن وطئت فعلي عتق رقبة

تعالى (و إن عزموا الطلاق) « مسألة » و يصح من المجبوب ، و إن استؤصل اذ لم يفصل الدليل (ى قش)، و يحتمل أن لاينعقد للاستحالة كصعود السماء ، و ينعقد من المريض والمحبوس للآية « مسألة » (يه قين ك عى) ، و يصح مبهماً كالطلاق فمن حلف لاقرب واحدة من نسائه انعقد منهن جميعاً للابهام (ن) لابد من تعيين المحلوف منه و إلا كان كقوله : لاقاربت . ولم يذكر أحداً . قلنا : العلم بها جملة يغنى عن التفصيل كالطلاق المبهم (ح ش) ينعقد ما لم تمت إحداهن فيسقط ، لا إذا طلقها (ف فر عح) لاينعقد حتى يطأ الثلاث فينعقد للرابعة(فر ع) (ط) فيتوقف لكل واحدة بعد مضى الأربعة ، ومن وطئها ارتفع حكم الايلاء فى حقها لاغير . و إذا حلف لاوطئهن، ونوى جميعاً، لم يحنث إن بقيت واحدة إجماعاً (هط ك)فإن لم ينو حنث بالبعض ،إذ لا يصدق عليه نفى الوطء (ع قين) لا، إذحلف من الجميع. قلنا: اللفظ يحتمل هذا وغيره (ى) ولا تعدد الكفارة على القولين ،إذهى يمين واحدة (ى)فان طلق إحداهن بقى حكم الإيلاء فى الباقى،وكذا لوماتت . فلو راجع المطلقة فى المدة رجع حكم الإيلاء و إن وطىء إحداهن ارتفع حكم الإيلاء عنهن إذ انحلت بالحنث «مسألة»و يصح من الصغيرة والمجنونة والرتقاء ونحوها، لعموم الآية .ولا يطالب ولى الصغيرة إذهو حق لا تصح فيه النيابة ، إذ القصد التلذذ(ى) بل الإمام أو الحاكم .قلت : فيه نظر (هب) وغير المدخولة (صا با ن) لا. قلنا: لم يفصل الدليل « مسألة » (هش لك)و إذاطلقها فى مدته لم يكن بائناً،إذ لاموجب لذلك (ثور) أراد البائن بقوله تعالى(و إن عزموا الطلاق) و إلا كان كالفيأة لبقائها فى حكمه فيكون تكراراً، بخلاف البائن لملكها نفسها. قلنا:لانسلم بقاء المطلقة فى حكمه حتى يراجع و بعد الرجعة تطالب «مسألة» فإن راجع بالقول عادت المطالبة ، و بالوطء فيأة «مسألة» فان انقضت المدة قبل الفىء بطل الإيلاء فان عقد بها عاد حكمه «مسألة» (ع ط ث ح قش) و يهدمه لاالكفارة التثليث ،إذ يصير كالمولى من الأجنبية لما مر فى هدمه الشرط (ه مى ك حماد فر قش)لم تفصل آية الإيلاء .قلنا: القياس مخصص كالنص «مسألة» (هش)ولا ينهدم بالردة، وتعود المطالبة بالإسلام لعود الزوجية « مسألة » (هش) ولو عفت عن الطلب ثم رجعت فى المدة طالبت،إذ يتعلق بما تستحقه فى الحال لا المستقبل ، إذ هو حادث لم يملك حين العفو كمستقبل النفقة (م) لاترجع فيها، إذ يصح الابراء من المستقبل لوجود سببه وهو النكاح كالأجرة . قلنا:الأجرة معاوضة محضة فافترقا «مسألة» (يه ش)،والأمة فى ذلك كالحرة إذ لم يفصل الدليل (زسانك حص)بل ايلاؤها شهران تنصيفاً إلا أن تعتق انتقلت إلى مدة الحرائر(هب) والعبد كالحر (ك) بل مدة ايلائه شهران قلنا:لم يفصل الدليل.

فصل

والإيلاء مطلق ومؤقت «مسألة» (هق م ى حص قش) وينعقد مع الاطلاق إذ لم تفصل الآية (خب ع) لا ينعقد لدلالة الآية على التوقيت. قلنا: بل على مدة التربص فقط «مسألة» (ه الحنفية) وينعقد المقيد بالأربعة لظاهر الآية (ش ك) لابد من زيادة تسع المرافعة، إذ يرتفع الإيلاء بمضى الأربعة ولا يثبت حكمه قبلها فبطل. قلنا: ارتفاع الحنث لا يرفع حكم الإيلاء، إذ هما شيئان مختلفان. قلت: وفيه نظر «مسألة» (الأكثر) ولا ينعقد بدون الأربعة إذ علق حكمه فى الآية بها (عو ابن شبرمة لى بص ده خعى حماد بن عتيبة) بل ينعقد إذ القصد مضارة الزوجة وهو حاصل فى دونها. قلت: ولعلهم يجعلون المرافعة بعد الأربعة لئلا يخالف النص. لنا: الآية وقول (على وع) لا ينعقد بدونها، وهو توقيف فلا يعارض بالاستنباط، «مسألة» (الاكثر) وينعقد بأكثر من أربعة، إذ لم تفصل الآية (ع) لا ينعقد إلا أن يؤبد إذ القصد الإضرار. قلنا: يحصل بالمؤقت أيضا بدليل فعل (٢) حين سمع

(قوله) «وقول على عليه السلام لا ينعقد بدونها» حكى فى الشفاء عن زيد بن على عن أبيه عن على عليه السلام أنه قال: «الايلاء هو القسم، وهو الحلف، فاذا حلف الرجل لا يقرب امرأته أربعة أشهر أو أكثر، من ذلك فهو مول، وإذا حلف دون أربعة أشهر فليس بمول». وفيه عن ابن عباس قال: «كان إيلاء أهل الجاهلية السنة والسنتين، فوقت الله تعالى أربعة أشهر، فمن كان إيلاؤه دون ذلك فليس بايلاء».

(قوله) «بدليل فعل عمر» الخ. روى عن عمر بن الخطاب أنه مر يوما فى موضع من المدينة ليلا فسمع امرأة تقول:

ألا طال هذا الليل وازور جانبه ... وليس إلى جنبى خليل ألاعبه
فوالله لولا الله لا شىء غيره ... لزلزل من هذا السرير جوانبه
مخافة ربى والحياء يكفنى ... وإكرام بعلى أن تنال مراكبه

فسأل عمر عن حالها فأخبر أن زوجها قد بعثه للجهاد، فلما كان من الغد سأل عمر نسوة كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقلن شهرين ويقل صبرها فى ثلاثة أشهر، ويفنى الصبر فى أربعة أشهر. فضرب عمر لهم مدة أربعة أشهر، فكلما أقام الرجل فى الغزو أربعة أشهر قدم إلى أهله وذهب مكانه غيره، وكتب إلى أمراء الجهاد والقائمين على الاجناد: ألا يحبس الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر» هكذا حكاه فى الانتصار. وقد ذكر هذه القصة فى التلخيص بروايات تزيد وتنقص

ألا طال هذا الليل الأبيات « مسألة » ولوقال خمسة أشهر فإذا انقضت فوالله لاوطئتك سنة فإيلاآن يوقف الكل واحد . فان لم يقل فإذا انقضت فاحتمالان : أصحهما إيلاآن أيضا (ع) ومثله سنة ثم بعدها سنة إذلوانفرد كل واحد كان إيلاء صحيحاً (بعصش) إيلاء واحد فيتداخلان ، إذلم يفدالثانى إلاالزيادة فى الأول . قلت : وهو قوى «مسألة» ولوحلف نهاثلاثة أشهر ثم فى الشهر الثانى حلف كذلك ، ثم لم يزل على ذلك ففيه تردد : الأصح لايكون موليا ، و إن حصل الضرار إذلم يعقد بأربعة ولو قال : إذا مضت خمسة أشهر فوالله لاوطئتك بعدها ، صارموليا بعد الخمسة ونحو ذلك . ولوقال : لاوطئتك حتى تصعدى السماء ، أو أبداً أوعمرى أوأعمرك أو إلى يوم القيامة ، أو خروج عيسى أو الدجال انعقد إذ الظاهرتأخرهذه عن الأربعة . وكذا لوقال حتى أصل الصين والمسافة ـ أربعة ـ فصاعداً وكذا حتى أموت أو تموتى (ى) وكذا حتى يموت زيد فى أصح الاحتمالين . قلت : بل المذهب و (ح) ليس بإيلاء (ك) بل إيلاء قلنا : يجوزموته قبل مضى الأربعة . ولوقال حتى يقدم زيد أو نحوه لم ينعقد إلا أن يعلم تأخره عن الأربعة «مسألة» ولاينعقد مع الاستثناء إلا حيث بقى معه أربعة (هب قين) فلوقال سنة إلا يوماً لم ينعقد (فر) ينعقد و يكون اليوم من آخرها . قلنا : لاوجه لتعيينه ، لاحتمال كونه أولا وآخراً ووسطاً (هب قين) ولاينعقد بلفظ التشريك ، إذ ليس بيمين ولامن كناياتها «مسألة» (ع) ولو آلى ثم ظاهر أو العكس ، كفر لظهاره ، ثم وطىء ثم كفر الإيلاء لوجوب تقديم الأولى وتأخير الثانية ولاتتداخل الكفارتان لنص على عليه السلام على ذلك ، وله الاستمتاع فى مدة الإيلاء لا الظهار «مسألة» (ه قين) ولايوقف من امتنع من الوطء من غير إيلاء ، إذلا دليل (مد) يوقف بعد الأربعة إذاقصد الاضرار . قلنا : لادليل .

فصل

والإيلاء متى تكاملت قيوده أوجب للزوجة حق المطالبة بالفيء إجماعا ، «مسألة» (على عام) ثم (ه ش ك مد حق) ولا تطالب بالفيء قبل الأربعة للآية (عو زيد لى ث ح) بل تطالب لقراءة (عو) (فان فاؤا فيهن) و إذا جاز الفيء جاز الطلب إذهو تابع ، قلنا : تبطل فائدة التربص ، سلمنا ،

(قوله) «لنص على عليه السلام على ذلك» روى عن على عليه السلام أنه قال «لايدخل إيلاء فى ظهار ، ولا ظهار فى إيلاء» حكاه فى الانتصار .

فالشاذة تنازلت الفيء ولاجامع بينه و بين الطلب «مسألة» (ع ٣ ز يد عو) ثم (ه ك ش ل) و يوقف الزوج بعد الأربعة للطلاق أو الفيأة لظاهر الآية (حص ث) بل يقع الطلاق بمضي الأربعة ولم يفء فيها لقوله تعالى (و إن عزموا الطلاق) إذ لامقتضى للبينونة بعد قوله (فإن فاؤا فيهن) (حص) و يكون بائنا إذ لا فائدة لهافي الرجعية (عى) بل رجعيا إذ لامقتضى للبينونة ولقول على عليه السلام « إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة » . قلنا: حمل على أنه وقف فطلق ، إذ الوقف قول أربعة عشر من الصحابة لظاهر الآية «مسألة» (هب ش ك) ولها المطالبة و إن انقضت مدة الايلاء ، كالدين بعد مضى أجله ولوقف على عليه السلام رجلا بعد مضى سنة .قلت: وقد مضى خلاف (ح) و يصح الفيء قبل مضى الأربعة إجماعاً ،كتعجيل المؤجل « مسألة » (ه الحنفية عمد) فإن امتنع من الفيء والطلاق حبس ولا يطلق عنه الحاكم لقوله تعالى (وان عزموا الطلاق) فأضاف اليهم (ش ك عمد) تدخله النيابة فينوب عنه كقضاء الدين . قلنا : الدين حق مالى فافترقا . وقال ﷺ «الطلاق لمن أخذ بالساق » «مسألة» (هق) فيحبس حتى يطلق أو يفيء القادر بالوطء ،وأقله موجب الغسل فى القبل ،وفى البكر إذهاب بكارتها، ولا يكفي الدبر، إذ لا يزول به الضرر. فإن باشرته نائما لم يحنث (ى) ولا يسقط حكم الايلاء إذ تستحق الفيأة بفعله لا فعلها . فإن باشر محرما أو صائمــا أو مكرها ارتفع الايلاء بالحنث « مسألة » ولو نشزت مدة الإيلاء لم تحتسبها (ط) فان وطئها ناشزة ارتفع الإيلاء (ى) ولو وطئها مجنونا لم يحنث لرفع القلم . قلت : بل يحنث عندنا (ى) وفى رفع الإيلاء وجهان أصحهما يرتفع لزوال الضرر « مسألة » وليس لهـــا المطالبة وفيها عذر يمنع الوطء : عقلى أو شرعى

(قوله) « ولقول على عليه السلام : إذا مضت أربعة أشهر فهى تطليقة » حكاه فى الانتصار وتأوله .

(قوله) «أربعة عشر من الصحابة » عن نافع قال : قال ابن عمر « إذا مضت أربعة أشهر يوقف حتى يطلق ، ولايقع عليه طلاق حتى يطلق» يعنى المولى.قال و يذكر ذلك عن عثمان وعلى وأبى الدرداء وعائشة واثنى عشر رجلا من أصحاب النبى ﷺ » أخرجه البخارى . وللموطأ نحو الطرف الأول منه . وأخرج الموطأ عن على عليه السلام أنه كان يقول « إذا آلى الرجل من امرأته لم يقع عليه طلاق ، وإن مضت الأربعة الأشهر حتى يوقف . فاما أن يطلق وإما أن يفيء

(قوله) «ولوقف على عليه السلام» حكى فى الشفاء عن على عليه السلام « أنه وقف رجلا آلى من امرأته بعد سنة أن يفيء أو يعزم ، وكان يقول : لا أرى امرأته تبين حتى يوقف» .

كالحبس والمرض والاحرام ، إذ المانع من جهتها، فإن جن الزوج أو أغمى عليه فلا تطالبه حتى يفيق إذ لا تكليف عليه « مسألة » (ه قين) والعاجز والمعذور يفيء بلسانه حتما (ثور) لا يلزم إذ لا يزول به الضرر . قلنا : لا يمكنه إلا اللفظ فلزم كالشفيع الغائب ، ويكلف متى قدر (فرع)ولفظ الفيء : ندمت على يمينى ولو قدرت الآن لفعلت ، أو رجعت عن يمينى ونحوه (هب) ولا حنث إلا بالوطء (ص) يحنث العاجز باللفظ لقيامه مقام الوطء . قلنا : لم تعلق به اليمين (بص قش) إذا فاء فى المدة فلا حنث ولو بالوطء لقوله تعالى (فإن فاؤا فإن الله غفور رحيم) . قلنا : يعنى مع الكفارة جريا على قياس الأيمان «مسألة» (م) ومتى قدر لم يؤخر ساعة واحدة، إذ لا وجه يقتضى التوسيع بعد التضييق إلا بعد مضى مدة الايلاء ، فيمهل يوما أو يومين لضعف حكمه بعد مضى المدة ،إذ لا حنث ولا إجماع على المطالبة (ى) ويمهل حتى يأكل أو يشرب أو يصلى أو يخف الشابع أو ينام الناعس إجماعا للمسامحة فى ذلك، لا شهراً ونحوه إجماعا.وفى الثلاثة الأيام وجهان، يلزم فصلا بين قليل المدة وكثيرها، ولا، إذ لا عذر « مسألة » ولها توكيل من يطالبه ، فالغائب يطلق أو يرجع فوراً، إن لم يستوطن مكانه فيطلبها إليه «مسألة» ويطالب المحرم فيفيء باللفظ، فإن أراد الفيء بالوطء فلها الامتناع للتحريم فى الأصح ،ويطالب المظاهر.فإن تعذر العتق لم يمهل مدة الصوم لطولها ، بل يفيء باللفظ فإن أراد بالوطء قبل التكفير فكالمحرم «مسألة » والقول له فى العجز إذ لا يعلم إلا من جهته ، وقيل بل يطلق ان كذبته إذ الظاهر السلامة وليس للسيد مطالبة زوج أمته كالولى للمامر«مسألة» (هب)و إذا انفسخ نكاح المولى منها بأى وجه ثم عادت إليه ولو بعد زوج عاد حكم الإيلاء للآية (ش) لا، كعودها إليه بعد التثليث « مسألة » والمجبوب المستأصل يفى باللسان لتعذر الوطء منه ، وكذا العنين بعد المهلة « مسألة »والقول لمنكر وقوع الإيلاء ومضى مدته والوطء فى غير المدخولة ، إذ الأصل عدم ذلك (ى) والقول للزوج فى وطء المدخولة ، إذ هى تدعى موجب رفع النكاح والأصل بقاؤه . قلت : وفيه نظر و يعمل بقول العدلة فى البكر

باب اللعان

هومصدر لاعن . واللعن فى اللغة الطرد . وفى الشرع : الإبعاد من رحمة الله تعالى . وسبب تلقيب

الباب لعانا ، وقوع اللعن من الزوج آخر الأيمان . والأصل فيه الآية ، وفعله ﷺ مع هلال وعويمر والإجماع ظاهر .

باب اللعان

(قوله) « وفعله ﷺ مع هلال وعويمر العجلانى » أما حديث هلال فعن ابن عباس قال : « جاء هلال بن أمية — وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم — من أرضه عشاء فوجد عند أهله رجلا فرأى بعينه وسمع بأذنه ، فلم يهجه حتى أصبح ، ثم غدا على رسول الله ﷺ فقال : يارسول الله إنى جئت أهلى عشاء فوجدت عندهم رجلا فرأيت بعينى وسمعت بأذنى . فكره رسول الله ﷺ ما جاء به واشتد عليه . فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ، ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم ، فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين — إلى قوله — والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين) فسرى عن رسول الله ﷺ وقال : أبشر ياهلال فقد جعل الله لك فرجاً ومخرجاً قال هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربى تعالى ، فقال رسول الله ﷺ : أرسلوا إليها فجاءت فتلاها عليهما رسول الله ﷺ وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، وقال هلال : لقد صدقت عليها . فقالت : كذب . فقال رسول الله ﷺ : لاعنوا بينهما . فشهد هلال أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ، فلما كانت الخامسة ، قيل له : يا هلال اتق الله ، فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه لموجبة توجب عليك العذاب . فقال : والله لايعذبنى الله عليها كما لم يجلدنى عليها ، فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم قيل لها : اشهدى فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين . فلما كانت الخامسة قيل لها : اتق الله فان عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه لموجبة ، فتلكأت ساعة ، ثم قالت : والله لا أفضح قومى . فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ففرق بينهما رسول الله ﷺ وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها ، ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد . وقضى أن لا بيت عليه لها ، ولا قوت ، من أجل أنهما متفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها ، وقال رسول الله ﷺ : إن جاءت به أصيهب أريسح أثيبج ناتىء الاليتين حمش الساقين فهو لهلال ، وإن جاءت به أورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو للذى رميت به . فجاءت به أورق جعداً جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال رسول الله ﷺ « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » وفى رواية « أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبى ﷺ بشريك بن سحماء ، فقال النبى ﷺ البينة أوحد فى ظهرك ، قال : يارسول الله إذا وجد أحدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة فجعل النبى ﷺ يقول : البينة وإلا حد فى ظهرك ، فقال هلال : والذى بعثك بالحق إنى لصادق

ثم يخوفه قبل التأكيد بالخامسة ، ويأمر من يضع يده على فيه فإن أبى أكد بالخامسة ، وكذلك الزوجة كفعله ﷺ مع هلال وخولة فى خبر (ع) « مسألة » (ه قش) وهي يمين لقوله ﷺ لهلال « قم فاحلف » (ى ش حص) بل شهادة فيعتبر لفظها ، لقوله تعالى (فشهادة أحدهم) الآية . ولقوله ﷺ لهلال « قم فاشهد » فى رواية . قلت : روايتنا أشهر ، ويعضده قوله ﷺ لخولة « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » وإذ لا شهادة لفاسق « مسألة » وإذا فرق الحاكم بينهما بعد الأربع صح إجماعاً

= دقيقهما وأورق بياض يضرب إلى سواد كلون الرماد وجعداً أى الشعر منعقده وجمالياً أى عظيم الخلقة خدلج الساقين أى مدلجهما وسابغ — بسين مهملة وبعد الألف باء موحدة ثم غين معجمة — أى عظيمهما منبسطهما والألية بفتح الهمزة مع التخفيف ، وقبل الأثيبج غليظ ما بين الكتفين تحت الكاهل وهو أصل العنق من اللحم ، وقيل : ثبج كل شىء غلظه

(قوله) « ويأمر من يضع يده على فيه » وذلك لما أخرجه النسائى عن ابن عباس « أن النبي ﷺ أمر رجلا حين أمر المتلاعنين أن يتلاعنا أن يضع يده على فيه وقال انها موجبة » .

(قوله) « كفعله ﷺ مع هلال وخولة » قلت : ليس فى شىء من روايات الجامع ذكر خولة ، لكن فى الشفاء وأصول الأحكام عن ابن عباس مالفظه « لما نزلت هذه الآية (والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء) الآية . قال عاصم بن عدى: أرأيت يا رسول الله لو وجدت رجلا على بطن امرأتى فقلت لها يا زانية اتجلدنى ثمانين جلدة ؟ قال : كذلك يا عاصم نزلت الآية فخرج سامعاً مطيعاً فلم يصل إلى منزله حتى استقبله هلال بن أمية وكان زوج ابنته خولة بنت عاصم ، فقال ما وراءك ؟ فقال : الشر . قال وما ذاك ؟ قال رأيت شريك بن سحماء على بطن امرأتى يزنى بها فرجع إلى النبي ﷺ فأخبره هلال بالذى كان. فبعث إليها فقال : ما يقول زوجك ؟ فانكرت ذلك . فأنزل الله تعالى آية اللعان (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم) الآية . فاقامه النبي ﷺ بعد العصر على يمين المنبر فقال : يا هلال ائت بالشهادة ، ففعل حتى قال :أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . فقالت: كذب يارسول الله ، فأقامها مقامه فقالت أشهد بالله ما أنا بزانية وانه لمن الكاذبين حتى قالت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين . ففرق بينهما رسول الله ﷺ وقال لا يجتمعان إلى يوم القيامة » وذكر نحو ما تقدم .

(قوله) « قم فاحلف » حكى فى الشفاء أن النبي ﷺ قال لهلال لما نزلت آية اللعان « قم فاحلف » والله أعلم .

لقوله ﷺ «فاشهد أربعاً» فاقتضى أن الخامسة تأكيد فقط « مسألة » (الأزرقى ى هب ش) فإن فرق بعد اثنتين أو ثلاث لم ينفذ لمخالفة النص (ح ط) بل ينفذ الحكم و إن أخطأ السنة ، إذ لم يصرح بماذا تقع الفرقة . ومن ثم اختلفوا بما تقع الفرقة (ش) بأيمان الزوج فقط (صا با ن ك) بأيمانهما ، وقيل بأيمانها ، وقيل بالحكم و إن لم تستكمل الأيمان ، وقيل بها جميعا ، فصارت اجتهادية فينفذ الحكم. قلنا: الحكم ، إذا خالف ظاهر النص نقض مالم يعارض بمثله . قلت : فإن حكم بعد تحليف الزوج فقط لم ينقض إذ قد قال به قائل «مسألة» و إذا قال فى الخامسة أبعده الله إن كان من الكاذبين أو قالت فى خامستها سخط الله عليها (ى) صح فى الأصح، إذ القصد المعنى (ى) فإن قدم الخامسة أو وسطها أخطأ، لمخالفة ترتيب الآية ، وفعله ﷺ . و يحتمل الجواز لحصول المقصود (ى) وتغنى الإشارة إليها عن ذكر اسمها ونسبها ، ويحتمل الجمع لبنائه على التغليظ . و يعتبر حضور الإمام أو الحاكم إجماعاً ، إذ هو شهادة أو يمين، و إنما يكونان عند أيهما. فلو حلفا بغير أمر الحاكم أعادا بأمره ، إذ لم يعتد ﷺ بيمين ركانة قبل أن يطلبها منه حتى أعاد (ى) ولو حلفا عند من حكماه لم ينفذ فى الأصح ، إذ يجب الحد بالنكول وليس إليه (أبو جعفر) وكذا من جهة خمسة « مسألة» و إذا أراد نفى الولد فلا بد أن ينسبه إلى الزنا فى أيمانه مصرحا، و إن قذفها بمعين ذكره فى أيمانه كأصل الزنا ، إذ هو من متعلقه«مسألة»والسنة تقديم الزوج إجماعاً (م ط ع قه ى ش) و يجب لظاهر الآية ، ولفعله ﷺ بياناً ، فإن قدمها أعاد مالم يحكم (ش) بل ولو حكم لمخالفة النص (ح ك) لا يستأنف ، إذ قد حصل المقصود . قلنا : الترتيب من كماله لظاهر النص .وأما نقض الحكم فلا وجه له ، إذ هى خلافية اجتهادية « مسألة » (ه حص) ولا تغليظ بزمان أو مكان ، إذ هو يمين أو شهادة (ى ش) يستحب لفعله ﷺ وقوله تعالى (وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين) ولحضور(ع عم وسهل) مع الناس حينئذ . قلنا : لم يحضروا بطلب(فرع)(لهم) و يغلظ

(قوله) « فاشهد أربعاً » حكى فى الانتصار أن النبى ﷺ قال لهلال « قم فاشهد أربع شهادات » وقال لزوجته «قومى فاشهدى أربع شهادات » .

(قوله) « إذ لم يعتد بيمين ركانة » تقدم فى الطلاق .

(قوله) « يستحب لفعله ﷺ » يعنى ما تقدم حكايته فى الشفاء قريباً .

(قوله) « ولحضور ابن عباس » الخ . يعنى مع كون المذكورين من صغار الصحابة فلا يحضرون إلا تبعاً لغيرهم .

فصل

وكيفيته أن يقول الحاكم: قل: والله إنى لصادق فيما رميتك به من الزنا. ونفى ولدك هذا أربعا.

وليبرزن الله فى امرى مايبرئ ظهرى من الحد. فنزلت (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم — فقرأ حتى بلغ — من الصادقين) وانصرف النبى ﷺ فأرسل إليهما فجاءا. فقام هلال بن أمية فشهد والنبى ﷺ يقول: إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما من تائب؟ ثم قامت فشهدت، فلما كان عند الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وقالوا إنها موجبة. قال ابن عباس: فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها سترجع. فقالت: لا أفضح قومى سائر اليوم، فمضت. فقال النبى ﷺ انظروها فان جاءت به أكحل العينين سابغ الاليتين خدلج الساقين، فهو لشريك بن سحماء. فجاءت به كذلك. فقال النبى ﷺ: لولا ما مضى من كتاب الله تعالى لكان لى ولها شأن» أخرجه أبو داود. وأخرج البخارى والترمذى الرواية الثانية. وأخرج مسلم والنسائى نحوه من رواية أنس، وهذا أتم. وأما حديث عويمر العجلانى فعن ابن شهاب. أن سهل بن سعد الساعدى أخبره: أن عويمرا العجلانى جاء إلى عاصم بن عدى الأنصارى فقال له: أرأيت ياعاصم لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله، فيقتلونه، أم كيف يفعل؟ فسل لى ياعاصم رسول الله ﷺ. فسأل عاصم رسول الله ﷺ فكره رسول الله ﷺ المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ماسمع من رسول الله ﷺ فلما رجع عاصم إلى أهله جاءه عويمر فقال له: ياعاصم ماذا قال لك رسول الله ﷺ؟ قال عاصم لعويمر: لم تأتنى بخير، قد كره رسول الله ﷺ المسائل التى سألته عنها. فقال عويمر: والله لا أنتهى حتى أسأله عنها، فأقبل عويمر حتى أتى رسول الله ﷺ أوسط الناس فقال: يارسول الله أرأيت لو أن رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله، فتقتلونه، أم كيف يفعل؟ فقال رسول الله ﷺ قد نزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فأت بها. قال سهل: فتلاعنا وأنا مع الناس عند رسول الله ﷺ، فلما فرغا قال عويمر: كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله ﷺ. قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين» هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى. وفى بعض رواياته زيادات وفيه طرق أخر، وعن سعيد بن جبير عن ابن عمر قال: قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين حسابكما على الله، أحدكما كاذب لاسبيل لك عليها. قال يارسول الله مالى. قال: لا مال لك، إن كنت صادقا عليها فهو بما استحللت من فرجها، وإن كنت كذبت عليها فذلك أبعد لك منها هكذا فى إحدى روايات حديث اخرجه الستة.

(ح)(قوله) «أصهب» الصهبة بين الحمرة والبياض، وأريسح بسين وحا مهملتين قليل لحم الاليتين وأثيبج أى كثير لحم الصدر وناتىء بنون وتاء مثناة فوقانية أى مرتفع الاليتين وحمش الساقين

بالمكان، ففي مكة بين الركن والمقام. وفي المدينة في مسجده ﷺ، لقوله ﷺ « من حلف على منبرى » الخبر وفي بيت المقدس عند الصخرة. ثم في الجوامع. والحائض تقام بباب المسجد. وفي الأوقات يوم الجمعة بعد العصر لقوله تعالى (تحبسونهما من بعد الصلاة) أراد صلاة العصر وقوله ﷺ « ثلاثة لا يكلمهم الله » الخبر. و باجتماع طائفة ليقع التحذير، و يقومان عند التحليف اتفاقا. لقوله ﷺ « قم فاحلف » (ق) ولا يسوغ في المساجد بناء على عدم التغليظ.

فصل

وإنما يوجبه رمى زوج مكلف مسلم غير أخرس، لزوجة مثله حرة ممكنة الوطء تحته عن نكاح صحيح، أو في العدة، بزنا في حال يوجب الحد ولو قبل العقد، أو نسبة ولده منها إلى الزنا مصرحاً كما سيأتي تفصيله، « مسألة » (ه حص) فلا يصح بين كافرين ولا عبدين، لقوله ﷺ « لا لعان بين العبدين والكافرين » ونحوه (بص يب عه سليمان بن يسار) ثم (ش مد لى) بل يصح اذ لم تفصل الآية. قلنا: خصصها الخبر « مسألة » (ه ش) و يصح بين العبد والحرة لعموم الآية (ح) شهادة ولا شهادة لعبد. قلنا: بل يمين، سلمنا فالعبد من أهلها (ه ش) و يصح لعان المحدود بقذف للآية (ش) بعد التوبة لاقبلها(ح)شهادة وقد قال الله تعالى (ولا تقبلوا لهم شهادة أبداً) لنا :ماسيأتى « مسألة » (ى) وإذا ترافع الذميان إلينا أجرينا عليهما أحكامه قلت : ليس (للمذهب) ولا لعان بين مسلم وذمية إذ لا يحد قاذفها، و يصح بين الفاسقين لعموم

(قوله) « من حلف على منبرى » الخ. عن جابر أن رسول الله ﷺ قال « من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار » هذه رواية الموطأ.

(قوله) « ثلاثة لا يكلمهم الله » الخبر. ذكر منهم رجلا بايع رجلا بسلعة بعد العصر فحلف له بالله لاخذها بكذا وكذا، فصدقه فأخذها وهى على غير ذلك، وسيأتى الحديث بتمامه إن شاء الله تعالى.

(قوله) « لا لعان بين العبدين والكافرين » ونحوه. لفظه فى أصول الأحكام وعن النبي ﷺ «لا لعان بين أهل الكفر وأهل الاسلام، ولا بين العبد وامرأته» المراد به إذا كانت مملوكة وفى الحديث « ولا بين المحدود فى القذف وامرأته » انتهى. وحكى فى الانتصار عن عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده عن الرسول ﷺ أنه قال « لا لعان بين اليهودى والنصرانى ».

الآية ولا يصح من غير مكلف كالحد (صش) إن قذفت الصغيرة بزنا فى حال يصح فيه جماعها طلبته متى بلغت . قلنا : لم يوجب عليها حداً واللعان بدله « مسألة » (ه حص) ولا يصح من أخرس إذ لايصح قذفه، ولا من خرساء إذ لايحد قاذفها لما سيأتى(شك) يصح من الأخرس كطلاقه (ى) ان أفهم بإشارته أو كتابته صح ، اذ هوكالناطق . قلنا : ليس بصريح (ى) فإن لم يفهم فكالصغير فى جميع عقوده (ى) فإن تلاعنا ثم تكلم وقال : لم أقصد اللعان ، بقى تأبيد التحريم ولحقه الولد ،وحد تصديقاً له فيما عليه لافيما له. ومن قذف ثم اعتقل لسانه وقال طبيب عارف إن علته لا تزول فكالأخرس ، و إلا فالاحتمالان كالأخرس ، لعمله ﷺ بإشارة الأمة التى رضخ رأسها، وعمل الصحابة بإشارة أمامة ولا كالساكت ، « مسألة » . والعجمى إن أحسن العربية فوجهان يلاعن بها ، إذ هو من لفظ القرآن .الثانى:يجوز بلغته كاليمين . فإن لم يحسنها فبلغته كأذكار الصلاة. (هب ش) و يعبر عنهما عدلان من ذوى لغتهما (ح) يكفى عدل« مسألة ».ولو قذفها فى عدة الرجعى لاعنها اتفاقا لبقاء الزوجية . (ى هب ح) . لا البائنة والمفسوخة كالأجنبية . (البتى) ، بل يلاعن فى العدة كالرجعى . قلت : وهو المذهب كما سيأتى (ش ك) إن كان لنفى الولد لاعن و إلا فلا . لنا : أنها كالأجنبية ، ولا لعان بعد العدة لذلك (ه) إلا لنفى ولد . قلنا : أجنبية فلا لعان . «مسألة» . ولا لعان بعد اللعان للبينونة المؤبدة ، لكن يلزم الحد ، إلاأن يقذفها بما لاعن لأجله ، وقيل لايلزم مطلقا ، لسقوط إحصانها باللعان . قلنا : لا نسلم سقوطه . «مسألة» ولو مات الزوج قبل كمال أيمانه فلا حد على المرأة ولا لعان ولا فرقةولانفى ، إذ لم يحصل السبب . (ى) فإن كمل أيمانه ثم مات لاعنت لدرء الحد إلى الإمام أو الحاكم . قلت : فيه نظر. « مسألة » . (ى) و إذا حد أيهما بعض الحد ثم طلب اللعان أجيب. قلت : أما الزوج فنعم ،وأما الزوجة ففيه نظر ، ومن قذف ثم أعتق حد حد العبد اعتباراً بحال الوجوب . «مسألة » ولا لعان لمملوكة . لقوله تعالى(والذين يرمون أزواجهم) ، ولا لمتعذرة الوطء . ولا من لايحد قاذفها ، إذ شرع اللعان لدرء الحد « مسألة » . ولو قذفها ثم جنت . أوقذفها حال جنونها بزنا فى الصحة فلا لعان حتى تفيق ، إذ المطالبة إليها (المروزى) . بل يلاعن لدرء الحد(بعصش) ، ولرفع الفراش . (أكثر صش) . للنفى

(قوله) « لعمله ﷺ بإشارة الأمة التى رضخ رأسها» سيأتى فى الجنايات إن شاء الله تعالى .

و إلا فلا. قلنا: ليس لغيرها المطالبة ، إذ هو حق بدنى كالقصاص . « مسألة » (ه حص ش!) . ومن قذف أجنبية ثم تزوجها فلا لعان . لقوله تعالى (أزواجهم) (يه حص) فإن قذفها حال الزوجية بزنا قبله ا التعنا للآية (ش) لا ، كما لو لم يتزوجها . قلنا : رماها وهي زوجة ، فتناولتها الآية « مسألة » (ه ش) ولو قذفها أجنبي بما لاعنت لأجله حد ، إذ لم يسقط إحصانها باللعان (ح) إن مات الولد المنفى سقط إحصانها فلا حد ، و إلا حد لبقاء دليل الإحصان . قلنا : قال ﷺ « فمن رماها أو ولدها فعليه الحد » ولم يفصل « مسألة » (يه ش) ومن رمى زوجته وأمها ، لزمه حدان ، ولا يتداخلان لتغايرهما (ح) إن حد للأم فلا لعان للبنت . إذ هو شهادة وقد حد للقذف فلم تقبل . لنا ما سيأتى « مسألة » (يه ش) ولو قالت : زنيت مكرهة ، فلا لعان . إذ لا حد (قش) بل يلاعن ، كلو قذفها ثم أقر بالكذب . قلنا: لا نسلم الأصل ، سلمنا ، فالكذب مؤكد لسبب اللعان ، لا الاكراه « مسألة » (يه ش) ولو قذفها بوطء فى الدبر لاعن لعموم الآية (ح) لاحد فلا لعان . قلنا : بل يحد لما سيأتى إن شاء الله « مسألة » (يه قين) ولا يشترط فى القذف الاسناد إلى المشاهدة (ك) يشترط ، إذ قال هلال رأيت. قلنا : قبل ﷺ قذف عويمر ، ولم يقل رأيت « مسألة » ولا لعان لقذف بلفظ محتمل . نحو أن يقول لها ولأجنبية : إحداكما زانية . أو هذا الولد لفلان لا لى ، ما أظنك إلا زانية إذ لم يقطع (جط) لكن يؤدب (تضى ط ش محمد) وكذا زنأت فى الجبل — مهموزا — لاحتماله الصعود (ح ف) بل صريح ، إذ قد يطلق على الفاحشة بالهمز . قلنا: مجاز « مسألة » (ى) ولو غلب فى ظن الزوج زناها بخبر ثقة أو استفاضة ، جاز له قذفها و إن لم يتيقن . بخلاف الأجنبية . وله إمساكها ، لقوله ﷺ لمن شكا ذلك من زوجته ، وأنه يحبها « أمسكها » (ى) والصحيح إرسالها

(قوله) « فمن رماها » الخ . تقدم فى الباب .

(قوله) « لقوله ﷺ لمن شكا ذلك » الخ . هو حديث الذى قال : إن امرأته لا ترد يد لامس ، وقد تقدم . قال فى التلخيص مالفظه « (تنبيه) اختلف العلماء فى معنى قوله لا ترد يد لامس ، قيل معناه : الفجور وأنها لا تمتنع ممن يطلب منها الفاحشة. وهذا قول أبى عبيد والخلال والنسائى وابن الاعرابى والخطابى والغزالى والنواوى ، وهو مقتضى استدلال الرافعي به ها هنا. وقيل : معناه التبذير ، وأنها لا تمنع أحداً طلب منها شيئاً من مال زوجها . وبهذا قال أحمد والأصمعى ومحمد بن ناصر ، ونقله عن علماء الاسلام ، وابن الجوزى ، وأنكر على من ذهب

لئلا تختلط الأمواه . قلت : ويتأول الخبر على أنه اتهمها فقط . ومهما لم يغلب على ظنه حرم لقوله تعالى (والذين يرمون المحصنات) — الآية « مسألة » (ى) ويلاعن لإسقاط التعزير كالحد . وفيه نظر « مسألة » (ى) وإذا وجد بينة تدرأ عنه الحد ، فلا لعان . قال : ويحتمل جوازه لاستوائهما في درء الحد . كرجلين ، أو رجل وامرأتين « مسألة » (ى) ومن أقرت ، أو ثبت زناها ثم قذفت به لم تلاعن ، إذ ليست محصنة ، ويعزر للأذى (الربيع) وله إسقاط التعزير باللعان . وغلطه أكثر (صش) ويعزر الأجنبي للأذى ، ولا يسقط بالبينة « مسألة » (ه قين) ويتعدد اللعان بتعدد المقذوف ، ولو بلفظ واحد ، لتعدد الحق كاليمين ويرتب ، ولا استئناف لو لم يرتب . إذ قد وصل كل إلى حقه . فإن نكل تعدد الحد كاللعان (ح) لا ، إذ الحد تابع اللفظ ، وهو واحد . قلنا : وإن اتحد . كلو قتل جماعة دفعة واحدة . ومن قذف امرأته قذوفا مختلفة ، كفى لعان واحد ، إن لم يكن قد تخلل كالحد « مسألة » ويصح النفي للحمل إن وضع لدون أدنى مدته ، وإن لم يشرط لفظا (هب فو) لا لعان قبل الوضع ، لاحتمال كون الحمل ريحاً أو نحوه (ط) بل يصح اللعان قبل الوضع لا لفظا بالشرط . قلنا : لادليل على صحته مع اللفظ (المروزى ك) يصح مطلقا كبعد الولادة لنا : عدم اليقين كما مر (ح ى) لا يصح النفي قبل الوضع إلا مع الشرط ، لعدم اليقين. قلنا : هو مشروط وإن لم يلفظ « مسألة » ولا لعان للمنكوحة باطلا إجماعا ، إن لم تحمل ، إذ ليست بزوجة (ه ح) ولا لنفي حملها لذلك (شص) بل يلاعن للنفي إذ يلحق به كالصحيح . قلنا : لا دليل فيما سوى الزوجة « مسألة » (يه حص) ولا في الفاسد لقوله تعالى : (أزواجهم) وإنما يتعلق الخطاب بالأنكحة الصحيحة لا الفاسدة . (م ى) بل يصح إذ هو كالصحيح حتى يفسخه الحاكم . قلت : وهو قوى « مسألة » ولو قال لامرأته : يازانى

إلى الأول القول . وقال بعض حذاق المتأخرين قوله ﷺ « أمسكها » معناه عن الزنا ، أو عن التبذير ، إما بمراقبتها أو بالاحتفاظ على المال ، أو بكثرة جماعها . ورجح القاضي أبو الطيب الأول بأن السخاء مندوب إليه ، فلا يكون موجبا لقوله ﷺ « طلقها » ولأن التبذير إن كان من مالها فلها التصرف فيه ، وإن كان من ماله فعليه حفظه ، ولا يوجب شيء من ذلك الأمر بطلاقها . قيل : والظاهر أن قوله لا ترد يد لامس ، أنها لا تمتنع ممن يمد يده ليلتذ بلمسها ، ولو كان كنى به عن الجماع لعد قاذفاً . أو أن زوجها فهم من ذلك أنها لاتمتنع ممن أراد بها الفاحشة ، لأن ذلك وقع منها . انتهى .

ـ بالتذكير ـ أو زنيت بفتح التاء فكناية « مسألة » (ى هب حف) فان قالت له : يازانية فوصف له بالعلم بالزنا كملامة ، فلا قذف (ش محمد) إن قصدت به الزنا فقذف . كلو قالت له : زنيت ـ بكسر التاء ـ قلت : القوى أنه صريح فى القذف ، والتاء للمبالغة فى الفعل كفروقة « مسألة » (تضى ط ش) أنت أزنى الناس ، أو من فلانة ، قذف ، إن لم يقصد به الاستفهام (حص) يحتمل العلم بالزنا كأرمى الناس ، أى أعلمهم بالرمى ، فلا قذف . قلنا : الظاهر خلافه «مسألة» ولو قذفها وقذفته ، لم يتساقط الحدان إلا عن (عح) لنا: لاوجه للتقاص فى العقوبات . إذ يزول المقصود بها. فلو قال : فرجك زان ، فقذف . لالو قال: عينك أو يدك إلاعن (ى) لنا : قوله ﷺ «و يصدق ذلك الفرج أو يكذبه » ولو قال : لم أجدك عذراء ، فلا قذف ، إذ قد تزول العذرة بغير الوطء « مسألة » (يه) ومن قال : يازانية . فقالت : زنيت بك ، أو العكس ، فلا حد ولا لعان ، لاحتمال إضافتهما إلى حال الزوجية وقاحة منهما (حص) لاحد عليهما جميعاً ، أما هو فلا قرارها ، وأما هى فلاحتمال التهكم . كقول من اتهم بالسرقة : سرقت معك ـ متهكما . قلنا : الظاهر خلافه (ى) تقبل دعواها التهكم هنا لاحتماله . قلت : والأقرب حمل اللفظ على حقيقته، إذ لا مقتضى للمجازية . وظاهر الزنا أنه فى غير حال الزوجيـة ، فيكونا كالأجنبيين فيحد القائل : زنيت بك ، إن كمل إقراره أربعاً «مسألة» (ى) والفعل الموهم للقذف كالكناية فى الأصح ، إذ هو فى الاتهام كالقول . ولقوله ﷺ لعائشة حيث أشارت بشبرها إلى قصر ضرتها « اغتبتيها »

فصل فى نفى الولد وأحكامه

« مسألة » لا نفى إلا بلعان ، إذ لا يمكن بالبينة (ى) وله أن يبين بالزنا ، و ينفى باللعـان . « مسـألة » (ه حص) ولا بد من الحكم بنفيه ، إذ لم يكتف ﷺ بالتفرقة بين هلال

(قوله) «ويصدق ذلك الفرج» عن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال« العينان زناهما النظر والآذنان زناهما الاستماع ، واللسان زناه الكلام ، واليدان زناهما البطش ، والرجل زناها المشى ، والقلب يهوى ويتمنى ، ويصدق ذلك الفرج أو يكذبه » هذا طرف من حديث رواه البخارى ، ومسلم وأبو داود والنسائى .

وخولة ، بل ألحق ولدها بها ، وقضى أن لا يدعى لأب «مسألة» (ه قين) ولا ينتفى بتصادقهما إذ هو إقرار بإسقاط حق الولد (ص ل ك) بل ينتفى كما يثبت به . قلنا : الإثبات إقرار له لا عليه «مسألة» ولا نفى بعد الإقرار ، أو السكوت حين العلم به ، وأن له النفى إذ يكون رجوعا عن إقرار بحق آدمى ، فلا يصح (فرع) (ط ى) فان علم به ولم يعلم أن له نفيه فله النفى متى علم إذ لا يثبت التخيير من دون علم به (م) لا اذ بطل حقه بالسكوت ، وإن لم يعلم كالشفيع أبطلها قبل العلم باستحقاقها . قلنا : لا نسلم اطراد الأصل ، سلمنا ، فهو مالى فافترقا .

« مسألة » (ع ط) فإن ترك النفى عند العلم بالخيار لحق ولا نفى (ى ش) خياره فورى كخيار المعتقة فلا تراخى إلا قدر ما يلبس أو ينتعل أو يسرج دابته ، أو يأكل أو يصلى أو يحرز ما يخشى ضياعه أو يجهز ميته ، أو يكون فى زيارة من حضر موته ، أو نحو ذلك . ثم يأتى الحاكم للنفى ، إذ مثله ليس بتراخ عرفا (قش) بل له ثلاثة أيام بعد الولادة وليست تراخيا ، لقوله تعالى (عذاب قريب) وفسر بثلاث فى قوله تعالى (تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام) (ح) القياس الفور ، والاستحسان يسوغ التراخى يوما أو يومين لينظر فى أمره (عح) ، بل إلى سبعة أيام ليكمل التأمل (فو) بل إلى مدة النفاس أربعين (هد طا) بل على التراخى ما لم يقر به ، إذ دليل التخيير لم يعتبر الفور . قلنا : شرع لرفع الضرر فاقتضى الفورية كالمعتقة ، ولا وجه لتراخى الثلاث ونحوها ، إذ لا دليل على التقدير بذلك إلا ما لا يعد تراخيا كما قدمنا . «مسألة»(ى) والقول له فى نفى العلم بالولادة ما لم يكن حاضراً ، وبالخيار ما لم يكن متفقها ، والمحبوس ونحوه يطلب من الحاكم يرسل من يستحلفه فى موضعه ، لتعذر الوصول ، فإن تراخى عن طلب ذلك بطل الخيار ، فإن لم يجد من يبلغه الحاكم أشهد على النفى إن وجد شهوداً ، فإن ترك مع الوجود بطل النفى ، فان تراخى وقال : لم أصدق الخبر ، قبل ما لم تكمل الشهادة أو يستفيض . قلت : قياس المذهب أنه لا يبطل خياره إلا حيث لم ينف مع إمكان الاشهاد . وليس عليه مطالبة الحاكم بما ذكر . وإن قال للمهنى : استجاب الله دعاك فاقرار ، لا لو قال : أحسن الله جزاءك (ش) أو رزقك الله مثله (ح) لا . « مسألة » ومن أشهد على النفى صح ، ولا يبطل بتمرده عن اللعان إذ لا يكون إقراراً حتى يحد للنكول ولا يتم الانتفاء إلا بالحكم لما مر . « مسألة » (ه حص) ، ولو نفاه بعد الإقرار به لم ينتف لما مر ولا عن القذف للآية (لى ش) لا موجب للعان ، إذ لم يحصل به إلا رفع النكاح والطلاق يرفعه قلنا : لدرء الحد . « مسألة » ، ومن أقر بالوطء مع العزل لحقه الولد للفراش ، إذ قد ينزل من الماء فى

الوطء ما لا يحس به . ولقوله ﷺ لمن سأله عن العزل « إذا قضى الله بخلق نسمة خلقها » فإن أقر بالوطء في غير الفرج أو في الدبر لحقه في الأصح الفراش . « مسألة » ولو تصادقوا على أن الولد للواطىء بشبهة ألحق به إن أمكن ، و إلا فلذى الفراش إن أمكن ، و إلا فلأيهما (ش) يعمل بالقافة ، فإن ألحقته به أو نفته أو لم يوجد ، أو أشكل ، انتظر اليأس من التمييز بالقافة ، فمتى أيس خير بالانتساب إلى من شاء منهما ، فإن انتسب إلى الزوج كان له نفيه باللعان . قلنا : القافة غير معمول بها ، ولا لعان مع التصادق . ولو قال : وطئت مكرهة ، فلا لعان ولا حد ، لكن يعزر إذ لم يرمها بمعصية (ى) ويلاعن للنفى ، وفيه نظر . « مسألة » (ى) و يجب على الرجل النفى والقذف حيث لم يطأها بعد طهرها ، وشاهد الزنا وأتت به لستة أشهر ، لقوله ﷺ « أيما امرأة » الخبر . و إذا حرم على المرأة حرم على الرجل . « مسألة » (ه حص) ولا نفى لولد مات قبل الحكم بنفيه ، إذ لا ثمرة له بعد الموت (شص) ، بل ثمرته لحوق النسب ، إذ قد يقال قبر فلان بن فلان كالحي (الغزالي) والميراث . قلنا : لا فائدة في نسبة القبر والميراث يمكنه رده بغير اللعان . وكذا لو مات أحد أبويه قبل الحكم . « مسألة » (ه قين) ولا نفى لبعض بطن دون بعض ، إذ لا يتبعض كالواحد (ه الحنفية) ، لكن يلاعن للقذف (ش) لا ، إذ هو لرفع النكاح والطلاق يرفعه . قلنا : بل لدرء الحد . (فرع) و يكفى النفى الأول لمن ولد بعده لدون أدنى الحمل إذ هما بطن واحد ، ولا لعان لبطن ثان لحقه بعد اللعان ، لارتفاع الفراش . « مسألة » (قين) وطلب اللعان إليها لا إليه ، للنفى أو غيره ، لتدفع عن نفسها (بعصش) بل إليه للفرقة ودفع العار (يه) إن كان للنفى فإليه لئلا يلحق به من ليس منه ، و إلا فإليها لنفى العار (ى) بل إليه

(قوله) « ولقوله ﷺ » الخ . الذى فى الجامع عن عائشة قالت « قلت يارسول الله حسبك من صفية قصرها . قال : لقد قلت كلمة لو مزج بها البحر لمزجته ، قالت : وحكيت له إنساناً ، فقال : ما أحب أنى حكيت إنساناً وأن لى كذا وكذا » أخرجه الترمذى وأبو داود .

(قوله) « لمن سأله عن العزل » الخ تقدم ما يتضمن معناه

(قوله) « أيما امرأة » الخبر . عن أبى هريرة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول حين نزلت آية الملاعنة « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شىء ، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله منه يوم القيامة ، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين » أخرجه أبو داود والنسائى .

لنفي الولد أو العار إن استفاض خبر زناها . قلت : أما الثاني فلا ، إذ الطلاق كاف ، بل يطلبه لنفي الولد أو إسقاط حد القذف أو حقوق العدة إذ لاينتفي أيها إلا بلعان. وهي تطلب لنفي الولد إذ قد يتعلق غرضها بذلك ، أو لنفي العار .

فصل في أحكام اللعان

«مسألة» (يه نم ش فرق عححمد) فرقة اللعان فسخ لقوله ﷺ « لايجتمعان أبداً » ولو كان طلاقاً لم يتأبد (ح عححمد) بل طلاق بائن إذ يختص النكاح ، والفسخ لايختص به . قلنا : بل فسخ وإن اختص، إذ لانفقة ولا سكنى، ولا هو صريح طلاق ولا كناية، ولا اختيار للزوج فيه . « مسألة » (على ٢ عم عو) ثم (هر طا لح) ثم (عى هق م ك ش ف فر مد حق) ويتأبد التحريم لقوله ﷺ « أبداً » (خب ح محمد) لا ، كالطلاق وكعود النسب . قلنا : منعه النص (يب) إن كذب نفسه في العدة عادت بعقد كالخلع (خعى) إذا حد للقذف فخاطب من الخطاب إذ بإكذاب نفسه صار كمن لم يلاعن . لنا الخبر . « مسألة » (ه قين) ، وتقع الفرقة باللعان وإن لم يطلق، لقوله ﷺ«لاتجتمعان» ولا يقال ذلك إلا بعد وقوع الفرقة (البتى)قال العجلانى: ان أمسكتها فهي طالق ثلاثا . ولم ينكره ﷺ بل قال : « لاسبيل لك عليها » . قلنا : قوله لاسبيل لك عليها، إنكار للامساك والطلاق « مسألة » (يه صح) ، وانما تقع الفرقة بالحكم بعد كمال أيمانهما لرواية (ع) « فرق ﷺ بين هلال وامرأته وقضى أن ولدها لايدعى لأب » (صابان ك) ، بل بأيمانهما فقط ، إذ قال بعد فراغهما «لاسبيل لك عليها» ولم يقل فرقت بينكما قلنا : قوله لايجتمعان . في معناه . (فرع) وثمرة الخلاف في الطلاق فعندنا يقع ما لم يحكم الحاكم بقوله فرقت بينكما أو نحوه وعندهم لايقع بعد الفراغ ، إذ لا زوجية (ش) وكذا عقيب فراغ الزوج . وكذا النسب والميراث ونحوها « مسألة » وينتفي الولد باللعان إجماعاً إلاعن (البتى) لقوله ببقاء النكاح ما لم يطلق . قلنا : خلاف النص والإجماع « مسألة » ولو لم يذكر نفي الولد في أيمانه استأنف وذكره مشيراً إليه . وفي المرأة وجهان : تذكره لتطابق الايمان، ولا، إذ لا نفي إليها

(قوله) « قال العجلانى إن أمسكتها فهي طالق ثلاثا » لفظه في الحديث قال عويمر: « كذبت عليها يارسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول ﷺ » وقد تقدم .

«مسألة» ولا لعان إلا بعد المطالبة به إجماعاً ، كحد القذف «مسألة» (ه حص) وحد القذف حق لله تعالى، فلا يورث ولا يسقط بالاسقاط بعد الرفع ، لقوله ﷺ «تعافوا الحدود» الخبر (ش) بل للآدمي فيورث ويسقط، لقوله ﷺ « وأعراضكم عليكم حرام » فجعل العرض كالمال . قلنا : فى التحريم لا غير .و إلا لزم استباحته بالإباحة. ولا يسقط اللعان بالعفو عنه عندنا لا عندهم «مسألة» (يه نى من صش ثور) وفسق الزوجين لا يمنع اللعان، لعموم الآية ولوحدث بعد القذف (طى قين) يبطل الاحصان فلا قذف ولا لعان . قلنا : لم يفصل قوله تعالى (أزواجهم) « مسألة » (٣٢ عو ثم ه ش البتى) و يسقط باللعان حد القــذف إذ سقط عن هلال باللعان (حص) قذف الزوج لا يلزمه الحد بل اللعان فقط ، فلم يسقط باللعان شيء ، إذ لا يجب بقذف الزوج إلا اللعان. لنا : قوله ﷺ « البينة أو حدٌّ فى ظهرك » « مسألة » (٣٢ عو ثم ه شص) ويلزمها الحد بأيمان الزوج إذ هى كشهود أربعة، ولها درؤه بأيمانها، لقوله تعالى(و يدرأ عنها العذاب) (حص البتى) قاذف فلا شهادة له ، فلا حد . لنا ما سيأتى « مسألة » واذا نكل الزوج عن ايمانه أو بعضها حد للقذف ، لقوله تعالى (فاجلدوهم) واذا نكلت حدت للزنا اذ ايمانه كالشهود ، لقوله تعالى (و يدرأ عنها العذاب) (ح) بل يحبس الناكل حتى يلاعن اذ هو الواجب فقط بقذف الزوج، لقوله تعالى (فشهادة أحدهم) قلنا : قال ﷺ لهلال «البينة أو الجلد» فلم يتعين اللعان . قالوا النكول قائم مقام غيره وهو الإقرار فلا يثبت به الجلد كالادعاء . قلنا : يثبت بالقذف مشروطا بالنكول كالرجم بشرط الاحصان قالوا لو لزمها بأيمانه لم يسقط بعد وجوبه . قلنا: يسقط لقوله تعالى (و يدرأ عنها العذاب) قالوا أراد الحبس قلنا: بل المعهود فى قوله تعالى(وليشهد عذابهما) ونحوهما « مسألة» (يه ى) و يحد لنكوله مرة كلو أقر ، وهى لنكولها أربعا كلو أقرت (م) بل مرة فيهما كالاقرار . لنا : ماسيأتى «مسألة» واذا

(قوله) « تعافوا الحدود » الخبر . سيأتى فى الحدود إن شاء الله تعالى.

(قوله) «وأعراضكم عليكم حرام» عن سليمان بن عمر بن أبى الأحوص قال: «حدثنى ابى أنه شهد حجة الوداع مع رسول الله ﷺ فحمد الله وأثنى عليه وذكر ووعظ ، ثم قال: أى يوم أحرم أى يوم أحرم، أى يوم أحرم . قال : فقال الناس : يوم الحج الأكبر يارسول الله ، قال : فان دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا ، فى بلدكم هذا ، فى شهركم هذا » هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الترمذى .

كل اللعان والحكم سقط الحد وانفسخ النكاح وانتفى النسب وارتفع الفراش وحرمت مؤبداً لما مر «مسألة» فان أكذب نفسه حد ولحقه نسب الحي المنفي اجماعاً ، ولم تعد الزوجية بغير عقد اجماعاً (ق م ط الأحكام ك ش) و يبقى التحريم المؤبد لما مر (خب) لا ، قلنا: يصدق فيما عليه لقوله تعالى (بل الانسان على نفسه بصيرة) لا فيما له لتقدم كذبه (فرع) (يه ى) فان رجع بعد موت المنفى لم يلحقه كالأقرار بالميت ، إذ يستلزم صحة أن يشترى له ، و يقضى عنه من ماله وهو ممنوع (ش) بل يلحقه و يرثه مطلقا كالحى ، وقيل يصح إن كان الميت ولد ليلحق نسبه بالراجع والا فلا ، إذ لا ثمرة إلا الارث ، فلا يقبل قلنا : أما الارث فيمتنع كدعى الرجعة بعد موت المرأة ليرثها ، ولا يلحقه نسبه إذ لا ثمرة له ، بخلاف الولد الحى «مسألة» ومن تزوجت فى العدة ثم ولدت لدون ستة أشهر من طلاق الأول ، فنفاه التعنا إن قلنا لا تنقضى العدة الا بالغسل ، و إلا فلا ، لانقضائها بالوضع (هب ح) فان تزوجت بعد العدة بالحيض ثم ولدت لدون ستة أشهر من دخول الثانى ، واستة من الأول لم يلحق أيهما أما الثانى فواضح . وأما الأول فلاستحالة الحيض مع الحمل (ى) فان كان النقصان من الستة بقدر تفاوت الأهلة فى التمام والنقصان فلا عبرة به ، بل بما زاد عليه (ش) يلحق بالأول مطلقا ، لصحة الحيض مع الحمل عنده . لنا ما مر .

فصل

والقول له فى نفى القذف وفى وقوعه بعد الزوجية ليلاعن إذ القول له من أصله ، فكذا فى وقته . وكذا لو قال : قبل الفرقة ، وقالت : بعدها . فان أنكرت الزوجية حال القذف بين ، إذ الأصل عدم النكاح . وكذا لو ادعى قذفها مرتدة . ولو أنكر القذف فبينت به فطلب اللعان أجيب ، إذ ليس مكذبا لنفسه «مسألة» ولو ولدت لفوق أربع سنين من طلاقه . وادعت أنه نكحها فيها ، بينت أو حلف على القطع ، فان نكل حكم عليه ، إذ النكول كالاقرار عند (هـ) وقال (م ح) لا ، إذ ليس كذلك عندهما . فان قال هى التقطته ، بينت بعدلة أنها ولدته على فراشه (ش) بل بأربع . لنا : ما مر . فإن أراد نفيه لاعن .

باب الرضاع

هو بكسر الراء والرضاعة ، بفتحها ، والأصل فيه قوله تعالى (وأخواتكم من الرضاعة) ونحوها . وقوله ﷺ « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » ونحوه . والاجماع على اقتضائه التحريم .

فصل فيما يقتضى التحريم من الألبان

« مسألة » (ه قين) لبن البهيمة لايقتضى التحريم إذ لاتوصف بكونها أما والأخوة فرعها (طا لك) استرضعا ثدياً واحداً فكان كثدى الآدمية قلنا : الخطاب بالتحريم متعلق بالآدميين فافترقا «مسألة» (الأكثر) ولبن الرجل لايحرم ، إذلا يتعلق به الخطاب (الكرابيسى) من (صش) آدمى كالمرأة . قلنا : الخطاب لا يتناول لبنه عرفاً «مسألة» (الأكثر) واللبن من الخنثي لايقتضى انوثتها اذ قد يثور من الرجل لرواية (ش) (المروزى) من (صش) إن أنكرت النساء حصول مثله من الرجال فأنثى لنا رواية (ش) « مسألة » ولاحكم للبن الثمانية فما دون كالرجل ، و إن دخلت التاسعة فوجهان يحرم إذ تصح منها الولادة ولا ، إذلا تلد قبل مضى التاسعة ، فأشبهت الرجل «مسألة» والكافرة كالمسلمة لتحريم بنت حمزة عليه ﷺ لتراضعهما « مسألة » (يه حص ك) والميتة كالحية لعموم

باب الرضاع

(قوله) « يحرم من الرضاع مايحرم من النسب » هكذا رواه رزين عن أبى هريرة عن النبي ﷺ إلا أنه قال « من الرضاعة » وعن على عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ « إن الله حرم من الرضاع ماحرم من النسب » أخرجه الترمذى ، وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) «لرواية الشافعى» روى عن الشافعى أنه قال« رأيت رجلا فى مجلس هارون الرشيد يرضع كما ترضع المرأة حكاه فى الانتصار .

(قوله) « لتحريم بنت حمزة عليه ﷺ لتراضعهما » عن على عليه السلام قال : « قلت يارسول الله مالك تتوق فى نساء قريش وتدعنا ؟ قال : وعندكم شىء ؟ قلت : نعم ، بنت حمزة ، فقال رسول الله ﷺ : إنها لا تحل لى ، إنها ابنة أخي من الرضاعة » أخرجه مسلم والنسائى . وعن ابن عباس « أن رسول الله ﷺ أريد على ابنة حمزة ، فقال : إنها لا تحل لى إنها ابنة أخى من الرضاعة ، ويحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب — وفى رواية — من الرحم » أخرجه البخارى ، ومسلم ، والنسائى « فائدة » المرأة التى رضع النبي ﷺ وحمزة

قوله تعالى (من الرضاعة) (ش) منفكة عن الحل والحرمة كالبهيمة وكلو أوجر الميت لبناً. فإن حلبها وهي حية وشرب به بعد موتها فقولان: أصحهما يحرم اعتباراً بانفصاله. قلنا: لا ثمرة لإيجار الميت فافترقا «مسألة» (يه ن) ويحرم استرضاع الكوافر لنجاستهن إلا لضرورة. قالوا أرضعته ﷺ حليمة قلنا قبل التحريم (باى) وتجوز الذمية كنكاحها. قلنا: لا نسلم الأصل. (مسألة) وتكره الفاسقة لقوله ﷺ «الرضاع يغير الطباع» ونحوه. وتجوز إجماعاً «مسألة» (ه) ولا يسرى الحكم إلى إخوة الرضيع ونحوهم إجماعاً، إذ لا اتصال «مسألة» (على ع عو) ثم (وول ث عى هد طا ثم ه قين ك) ويسرى إلى الأب وأقاربه كأقاربها، إذ يقال أخ لأب كنهيا ولقوله ﷺ لعائشة «ائذنى له فإنه عمك من الرضاعة» (عم ابن الزبير عا) ثم (يب خعى جابر بن زيد سليمان بن يسار أبو سلمة بن عبد الرحمن عه رافع بن خديج حماد د) بل يختص بالأم وأقاربها لإضافة الابن إليها، وإذ أجرة الرضاع لها لا للأب. لنا: مامر «مسألة» والخالص منه والمشوب بمالم يغيره يقتضى التحريم إجماعاً، رضع بنفسه أم بفعل غيره. فإن غلبه الشائب غلباً ظاهراً كنهر أو بركة عظيمة فلا حكم له إجماعاً لقوله

من لبنها هى جارية لأبى لهب، اسمها ثويبة بضم الثاء المثلثة وفتح الواو وسكون الياء المثناة من تحت ثم باء موحدة ثم هاء. وهى غير بركة أم أيمن حاضنة النبى ﷺ بعد أمه أم اسامة بن زيد وقد ظن بعض أئمة الحديث اتحادهما وهو سهو.

(قوله) « أرضعته حليمة » هى حليمة بنت أبى ذؤيب السعدية، ظئر النبى ﷺ، وقصتها مشهورة.

(قوله) « يغير الطباع » روى عن النبى ﷺ انه قال « الرضاع يغير الطباع » حكاه فى الانتصار والله أعلم.

(قوله) «ائذنى له» الخ. عن عائشة قالت « إن أفلح أخا أبى القعيس — وهو بضم القاف وفتح العين المهملة وسكون الياء المثناة من تحت وآخره سين مهملة — استأذن على بعد ما نزل الحجاب. فقلت والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ، فإن أخا أبى القعيس ليس هو أرضعنى ولكن أرضعتنى امرأة أبى القعيس فدخل على رسول الله ﷺ فقلت يارسول الله إن الرجل ليس هو أرضعنى، ولكن أرضعتنى امرأته. فقال: ائذنى له فإنه عمك تربت يمينك» هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة

ﷺ « الرضاع ما أنبت اللحم وأنشر العظم » « مسألة » (ه حص ك) فإن مزج بشراب أو عجن بما غلبه من الطعام فلا حكم له، لاستهلاكه حينئذ، و إذ لاتغذية به (ش) وصل جوف الطفل فأوجب التحريم. قلنا : قال رسول الله ﷺ « الرضاع مافتق الأمعاء » والفاتق هنا غيره «مسألة» (هـ ن ط ى ح) فإن عقد جبناً أو أقطاً لم يحرم، كخلطه فى المرقة والعصيدة و إذ لاينبت اللحم (م ش) فتق المعى غذوى . قلنا : لا ينبت لحا بل يضر ، وقد شرط فلم يؤثر كاللبن مع السمن ، فإنه لايحرم لمخالفة الشرط «مسألة» (ه ح ش) و إذا اختلط ابن امرأتين صارتا أمين (ف) لا حكم للمغلوب . قلنا : مهما وصل الجوف فحكمه ثابت كلو انفرد (م) والسمن مؤثر كاللبن إذ يغذى « مسألة » (على ع عم) ثم (يب ه ك حص زيد بن أوس) وقليله إن وصل الجوف حرم إذ لم يفصل الدليل (عا ابن الزبير) ثم (سعيد ووطا) ثم (مد حق ش) لا ، إلا الخمس فصاعداً لقول عائشة « كان فيما أنزل الله » الخبر . قلنا : لو كان قرآنا لتواتر ، ولما أكلته الداجن لقوله تعالى (و إنا له

(قوله) « ما أنبت اللحم وأنشر العظم » الأقرب أن هذا الحديث من كلام ابن مسعود لامن كلام النبى ﷺ ، ولفظه عن يحيى بن سعيد « أن رجلا سأل ابا موسى الأشعرى ، فقال : إنى مصصت من امرأتى من ثديها لبنا فذهب فى بطنى . فقال أبو موسى: لا أراها إلا قد حرمت عليك فقال ابن مسعود : انظر ما تفتى به الرجل . فقال أبو موسى : فما تقول أنت ؟ فقال ابن مسعود : لارضاعة إلا ما كان فى الحولين . فقال أبو موسى لا تسألونى عن شىء ما كان هذا الحبر بين أظهركم » أخرجه الموطا ، واختصره أبوداود ، قال : قال ابن مسعود « لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبتت اللحم » فقال أبو موسى لا تسألونى وهذا الحبر فيكم . وفى رواية « وأنشز العظم » (ح) يروى وأنشز العظم بالزاى المعجمة وبالراء .

(قوله) «الرضاع مافتق المعى» لفظه : عن أم سلمة أن رسول الله ﷺ قال « لايحرم من الرضاع إلا ما فتق الا معاء فى الثدى ، وكان قبل الفطام » أخرجه الترمذى .

(قوله) « كان فيما أنزل الله » الخبر . عن عائشة قالت كان فيما أنزل الله من القرآن : عشر رضعات معلومات يحرمن ثم نسخن بخمس معلومات وتوفى رسول الله ﷺ وهى فيما يقرأ من القرآن » أخرجه الستة إلا البخارى . وروى أن هذه الزيادة كانت مكتوبة فى صحيفة تحت السرير فاشتغل الناس بتجهيز رسول الله ﷺ فدخلت الداجن فأكلتها، وحكمها باق . والداجن شاة البيت . قلت قد أنكر المحققون من العلماء هذه القصة فان الله عز وجل قد تكفل بحفظ القرآن من الداجن وغيرها .

لحافظون) فبطل (زيدثم ثور ابن المنذر) لا يحرم إلا الثلاث فصاعدا، لقوله ﷺ «لا تحرم الرضعة والرضعتان» ونحوه. قلت: لعله أراد مالم يصل الجوف، إذ قد روى «المصة والمصتان والاملاجة والأملاجتان» ومثلهما لا يكاد يصل فى الأغلب. «مسألة» (ه ق ن) وحد المحرم ان يصل الجوف بنفسه (ى) وهو مخالف لظاهر الخبر، إذ القطرة لا تفتق المعى ولا تنبت اللحم وان وصلت فلا بد أن يتبعه ما تحصل به التغذية. قلت: لا يبعد أن للقطرة حظاً فى التغذية كالضرر بالسم وان قل، لكن من البعيد أن يقدر وصول القطرة لو انفردت عن الريق فنقول: إن كلامهم موافق للخبر، إذ لا يصل الجوف إلا مايفتق وينبت.

فصل

(٢ ه عو) ثم (ه ش ح ث لح محمد ك فر) ولا يحرم إلا فى مدته، وهى حولان كاملان فلا حكم لما بعدهما (عا) ثم (د) بل يحرِّم مطلقاً ولو شيخا، إذ «أمر رسول الله ﷺ سهلة أن ترضع سالما ليدخل عليها» قلنا: قالت أم سلمة كان رضاع سالم خاصاً له. قلت: فلا يقاس

(قوله) «لا تحرم الرضعة والرضعتان» ونحوه. عن أم الفضل قالت دخل أعرابى على رسول الله ﷺ وهو فى بيتى، فقال يانبى الله إنى كانت لى امرأة فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتى الأولى أنها أرضعت امرأتى الحدثى رضعة أو رضعتين، فقال رسول الله ﷺ لا تحرم إلا ملاجة ولا الاملاجتان» وفى رواية «لا تحرم الرضعة ولا الرضعتان، والمصة والمصتان» أخرجه مسلم. وفى رواية النسائى «أن نبى الله سئل عن الرضاع فقال لا تحرم الاملاجة ولا الاملاجتان» وعن عائشة أن النبى ﷺ قال «لا تحرم المصة ولا المصتان» أخرجه مسلم، وأبو داود، والترمذى، والنسائى. وفى أخرى للنسائى من طريق أخرى «لا تحرم الخطفة ولا الخطفتان».

(قوله) «إذ أمر ﷺ سهلة أن ترضع سالماً» عن عائشة ان أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس وكان ممن شهد بدرا مع النبى ﷺ تبنى سالماً وأنكحه ابنة اخيه الوليد بن عتبة ابن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار، كما تبنى رسول الله ﷺ زيداً، وكان من تبنى رجلا فى الجاهلية دعاه الناس اليه وورثه من ميراثه، حتى أنزل الله تعالى (ادعوهم لآبائهم — إلى قوله — ومواليكم) فردوا إلى آبائهم، فمن لم يعلم له أب كان مولى وأخا فى الدين، فجاءت سهلة بنت سهل بن عمرو القرشى ثم العامرى. وهى امرأة أبى حذيفة إلى النبى ﷺ فقالت يارسول=

عليه كإباحة الحرير لعثمان ونحوه (فرع) (ه) ومدته حولان لا غير، للآية ،وقوله ﷺ «لارضاع بعد الحولين» ونحوه (عك) بل وشهر، وعنه شهران، وعنه مثلنا (ح) ثلاثون شهرا للآية ،فزيدت السنة تكملة للتغذية، فكانت كالحولين (فر) بل حتى يستغنى عن اللبن، ولو الى ثلاث سنين. لنا:

=الله «إنا كنا نرى سالماً ولداً، وقد أنزل الله تعالى فيه ماقد علمت» وذكر الحديث. وذكر البرقاني تمامه بعد قولها ولدا « وكان يأوى معي ومع أبي حذيفة في بيت واحد ، ويرانى فضلى (١) وقد أنزل الله عز وجل ماقد علمت ، فكيف ترى يارسول الله ؟ فقال لها رسول الله ﷺ : أرضعيه ، فأرضعته خمس رضعات ، فكان بمنزلة ولدها من الرضاعة »فبذلك كانت عائشة تأمر بنات إخوتها ، وبنات أخواتهـا أن يرضعن من أحبت عائشة أن يراها ، ويدخل عليهـا ، وإن كان كبيراً خمس رضعات ، ثم يدخل عليها ، ، وأبت أم سلمة وسائر ازواج النبي ﷺ أن يدخلن عليهن بتلك الرضاعة أحداً من الناس . حتى يرضع فى المهد ، وقلن لعائشة : والله ماندرى ، لعلها رخصة لسالم من رسول الله ﷺ دون الناس » هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الترمذى

(قوله) « كاباحة الحرير لعثمان » الذى فى الجامع عن أنس قال « رخص رسول الله ﷺ للزبير وعبد الرحمن فى لبس الحرير لحكة كانت بهما » وفى رواية قال « شكوا إلى رسول الله ﷺ القمل فرخص لهما فى قمص الحرير فى غزاة لهما » وفى رواية فى السفر « من حكة كانت بهما ، او وجع كان بهما » أخرجه الستة إلا الموطأ ، ولم يذكر عثمان . والله أعلم

(قوله) « ونحوه » كما ورد فى شهادة خزيمة وتضحية أبى بردة بن نيار وسيأتى ذكرها وغير ذلك .

(قوله) « لارضاع بعد الحولين » الذى فى الجامع عن ابن عباس موقوفا عليه أنه كان يقول « من كان فى الحولين وإن كان مصة واحدة فهو يحرم الصغير ولا رضاعة لكبير » أخرجه الموطأ وحكى فى أصول الأحكام عن النبي ﷺ أنه قال « لارضاع بعد فطام » وفى رواية « لا رضاع بعد فصال » وحكى فيه أيضا عن على عليه السلام أنه قال فى قول الله تعالى (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين) قال الرضاع سنتان ، فما كان من رضاع فى الحولين حرم ، وما كان بعد الحولين فلا يحرم .

---

(١) قوله : فضلى : أى مبتذلة فى ثياب مهنتها . يقال : تفضلت المرأة ، إذا لبست ثياب مهنتها ، أو كانت فى ثوب واحد ، وهو فضل .

ماص. فلا يحرِّم بعد حولين لقول على عليه السلام «خذ بأى رجلى جاريتك» الخبر « مسألة »
(ه قين) ولو استغنى بالطعام فى الحولين لم يبطل حكمه (ك) بل يبطله ، اذ من شرطه التغذية .
قلنا : حاصلة به ان استعمل

فصل

(ه قين) والإيجار والسعوط والنشوق كالرضاع ، اذ لم يفصل الدليل (ط ا د) الرضاع اسم لمص الثدى فقط، فلا حكم لغيره . قلت : العلة وصول اللبن الى الجوف . ثم ان سهلة لم ترضع سالما من ثديها، اذ هو أجنبي، بل سقته (فرع) ولا يحرم ايجار الميت اجماعا « مسألة » (ه ح ك مد ش) ولا تحرم الحقنة لقوله ﷺ « ما أنبت اللحم » وليست كذلك (ى قش) تفطر فتحرِّم لكن تعتبر الخمس كالرضعات . قلت : لا نسلم الأصل « مسألة » وما صب فى الأذن والعين يحرِّم ان وصل الجوف كالايجار وفى دهن الرأس وجهان (ى) يحرم كالسعوط . قلت : وفيه نظر (فرع) فإن شك فى وصوله الى الجوف لم يحرم ، اذ الأصل عدمه وان شك فى بقاء الحولين فكذلك ، اذ الأصل عدم التحريم ، وهو أقوى من اصالة بقاء الحولين (فرع) فإن رده الطفل قبل

(قوله) « خذ بأى رجلى أمتك شئت » الخبر لفظه فى اصول الأحكام عن زيد بن على عن أبيه عن جده عن على عليه السلام « أن رجلا أتاه فقال : إن لى زوجة ، وإنى أصبت خادمة فأتيتها يوما . فقالت : إنى أرويتها من ثديى ، فما تقول فى ذلك ؟ فقال على عليه السلام : انطلق قاتل زوجتك عقوبة ماأتت وخذ بأى رجلى أمتك شئت . لارضاع إلا ماأنبت لحماً أو شد عظما ، ولا رضاع بعد فصال» انتهى . وفى الجامع عن عبد الله بن دينار قال « جاء رجل إلى عبد الله بن عمر وأنا معه عند دار القضاء يسأله عن رضاعة الكبير ، فقال ابن عمر جاء رجل إلى عمر ابن الخطاب فقال إنى كانت لى وليدة أطؤها فعمدت امرأتى فأرضعتها ، ثم قالت لى : دونك قد والله أرضعتها فقال عمر : أوجعها وائت وجاريتك فانما الرضاعة فى الصغر » أخرجه الموطأ وأخرج أيضاً عن نافع عن ابن عمر أنه كان يقول « لا رضاعة إلا لمن أرضع فى الصغر ، ولا رضاعة لكبير » وعن عائشة قالت دخل على النبى ﷺ وعندى رجل فقال يا عائشة من هذا ؟ فقلت أخى من الرضاعة فقال يا عائشة انظرن من إخوتكن من الرضاعة فانما الرضاعة من المجاعة » أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى .

(قوله) « الرضاع ما أنبت اللحم » تقدم الكلام فيه .

تغيره في المدة فوجهان : يحرم اذ قد اغتذى به ولا كاو رده من الفم ، والأول أصح ، اذ لم ينفصل الدليل .

فصل

و يقتضي تحريم الأم ولو بكراً وأولادها وقرابتها كالنسب ، و يحرم عليها هو ونسله فقط ، اذ لا تعلق لغيرهم .والأب كالأم في الطرفين « مسألة » وانما يكون اللبن للرجل حيث علقت منه ولحقه (ى) ولو انقطع ثم عاد اجماعا ، حتى تعلق من غيره (هب) فيشترك الثلاثة من العلوق الثاني الى الوضع (ع) لا حق للثاني حتى تبلغ حد نزول اللبن، فإن بلغته ولم يزد فللأول لا للثاني فإن زاد اشتركا عندنا و (مح مد فر قش) اذ لبن الأول باق وظاهر الزيادة من الثاني و ينقطع حق الأول بالوضع (صا يا ن) لا اشتراك ، بل يتمحض للثاني بظهور الحمل (ى ح ش) بل للأول حتى تضع ، ثم يتمحض للثاني ، لاحتمال كون الزيادة من طيب الغذاء .قلنا: بل الظاهر أنه من الحمل (فرع) (ى) فان انقطع اللبن بعد الحمل وقت دروره ثم عاد فللأول ، إذ لا يعتد بلبن الحمل قبل الوضع فلا يحرم ،فيتعين التحريم للأول (اش) بل للثاني إذ الظاهر أن الحادث بعد انقطاع اللبن الأول ابن الحمل (اش) بل لهما لاحتماله منهما ولا مرجح . قلت : وهو الأقرب للمذهب «مسألة » ولو أرضعت طفلا ثلاث رضعات ثم طلقت فاعتدت فتزوجت فعلقت فوضعت ، فأرضعت ذلك الطفل ثلاثا أخري صار ابنا لها اتفاقاً ، اكمال الخمس لا للرجلين عند (ش) بل عندنا لما مر « مسألة» (هب) وتثبت البنوة للرجل فقط بلبن من زوجتيه لا يصل إلا مجتمعا ، والوجه واضح ، « مسألة » وما حرم النسب من المصاهرة والجمع ، حرمه الرضاع (ه) إلا الجمع بين المرأة وعمتها أوخالتها من الرضاع فيجوز لضعف الرضاع ، وتأوله(ع) على أن خلافه في العلة لا الحكم ، إذ لم يفصل دليل تحريم الجمع « مسألة » وما حرم بالنسب حرم بالرضاع ولو بمصاهرة وجمع لعموم الخبر ، إلا خمس وهي جدة الابن وأم الأخ وجدته ، وعمة الابن وأخت الابن وأخت الأخ ، فلا يحرمن إذ لا علقة بين بخلافهن من النسب ، فان جدة ابنك هي أمك أو أم زوجتك فحرمت لذلك «مسألة» (م) وللرجل نكاح من أقر برضاعها صغيرة ، إذ لا حكم لإقراره « مسألة » (ه ش ك) ومن أقر ضمه ثم أكذب نفسه لم يقبل إذ لا يؤمن كذبه في الرجوع (حص) بل يقبل استحسانا لا قياساً (ص ا لواف) إن ادعى العدل الغلط قبل ، لا الكذب (ى) يعمل بغالب الظن في صدقه ديناً فلا يفرق بينهما مالم يتشاجرا ، قلت

وهو قوى ، إذ يعمل بالظن الغالب في النكاح تحليلا وتحريما « مسألة » (م) ومن أقرت قبل النكاح برضاع أخرى لم يجز الجمع بينهما لمن ظن صدقها ، و إلا جاز له أن ينكح المقرة أولا . فان أقرت بعد النكاح وظن الصدق حرم الجمع و إلا فلا ، وعليها الهرب مع القطع « مسألة » (ط) ومن بعثت به قبل أن ترضعه عالمة أنه يهلك ضمنته والحامل تقتل إن علم و إلا فالعاقلة والوجه ظاهر « مسألة » و إذا أرضعت الزوجة من صيرها محرما للزوج انفسخ النكاح و إن أرضعت إحدى الزوجتين الأخرى انفسخ نكاحها ، إذ صارت الكبرى صهره والصغرى ربيبته أو بنتا . فان لم يكن قد دخل لم يتأبد تحريم الصغرى ، إذ هي ربيبته لم يدخل بأمها «مسألة» و إذا طلق الصغرى ثم أرضعتها زوجته في الحولين انفسخ نكاحها ، إذ صارت أما لمن كانت زوجته ، وفي العكس تنفسخ الصغرى إن كان قد دخل بالكبرى و إلا فلا « مسألة » (ه قش) و إذا أرضعت زوجتيه أجنبية انفسختا ولو مرتبا ، إذ صارتا اختين ولا مرية (قش) بل المتأخرة فقط ، إذ الجمع حصل بها. قلنا: علة التحريم الجمع «مسألة» ولو تزوج بنت عمه لأبيه فرضع أحد الزوجين من أم أحد الأبوين انفسخ والوجه ظاهر . ولو فسخت زوجها الصغير بعيب ثم تزوجت آخر، ثم أرضعت الأول بلبن الآخر انفسخ إذ صارت حليلة ابنه، وكذا لو أرضعت زوجها الآخر بلبن الأول (الأحكام عش نى ابن الحداد) الحكم تابع للاسم، وهي لا تسمى حايلة عند الانفساخ فلا تحرم على الأول (ى) الاحوط الترك لتعارض الحظر والاباحة، وظاهر الشرع الجواز بما ذكرنا قلت وهو قوى، إذ المراد بحلائل أبنائكم من استقر نكاحها « مسألة » و إذا أرضعت أجنبية ثلاث ضرات معا انفسخ نكاحهن للجميع ومرتبا الأولين فقط ، و إن كن أربعا فالكل والوجه ظاهر « مسألة » (ه حص) ولا مهر لمنفسخة غير مسمى لها أو تسميتها باطلة ، كحر أو خمر ، ولا مدخولة كلو ارتدت أو طلقت. ولا دليل على المتعة في الفسوخ (ش) بل لها نصف مهر المثل ، كالمطلقة المسمى لها قلنا : بل كالمطلقة غير المسمى لها « مسألة » (ه قين) وللمسمى لها نصف المهر كالمطلقة (ك ابن علية) الرضاع فعل الرضيع ، فالفسخ من جهته . قلنا : بل من جهتها إذ ألقمته الثدى ولا عقل له كالنائم « مسألة » فيرجع الزوج على المرضعة لقوله تعالى (فآتوا الذين ذهبت أزواجهم) فجعل الحيلولة عنها كاستهلاك قدر المنفق عليها (ى) ولا يلزم من هذا أن يجعل لخروج البضع قيمة كقول (ش) اذ جعلنا القرابة عوضا للمنفق لا عن البضع، والتسبيب كالمباشرة «مسألة » (ه حص) ولا يرجع على من أرضعتها لخشية تلفها جاهلة حصول التحريم، إذ ليست مع ذلك بجانية بل محسنة، وما على المحسنين من سبيل (ش عى) ما ضمن بالعمد ضمن بالخطأ كالمال . قلنا : بالمباشرة لا بالتسبيب الا

إلا لتعد ولاتعدى « مسألة » (ه حص) وانما يرجع بنصف المسمى كالطلاق (ش) بل بنصف مهر المثل كقيم المتلفات ، قلنا: انما يرجع بما لزمه وهو نصف المسمى، ولا يرجع بمهر مدخولة اذ قد استوفى عوضه .

فصل

وانما يثبت حكم الرضاع بعد النكاح باقراره أو بينتها وتحليفه على العلم (القفال) بل على القطع، اذهو على فعله، وفى اقراره وحده يبطل النكاح لاالحق، والعكس فى اقرارها، الا المهر بعدالدخول والوجه ظاهر «مسألة»(ه حص) و بينته رجلان أو رجل وامرأتان كغيره لقوله تعالى(واستشهدواشهيدين) الآية (شص) بل أربع نسوة إذ هن كرجلين لاختصاصه بالنساء ، كالقوابل (ك) امرأتان اذ تعذرت الرجولية فبقى العدد . قلنا : لاموجب للعدول عن ظاهر الآية لجواز شهادة الرجال على مثله فى النساء «مسألة» وتصح الحسبة فى شهادة الرضاع اذهو أمر دينى كالأمر بالمعروف والشهادة على الإسلام وحرية الأصل والعتق « مسألة » (هب) (قين) . ويجب العمل بالظن الغالب فى النكاح تحريماً و يطلقها إن لم تكمل الشهادة . لقوله ﷺ « فارقها » الخبر . قلت : والمراد إن ظننت صدقها ولو جوزت كذبها (ى) الخبر محمول على الندب . قلت . بل الوجوب . إذ هو الظاهر كما ذكرنا . « مسألة » . ويكفى شاهد الرضاع رؤية المص المتدارك والثدى فى فمه مع صحة الثدى والصبي وقرب الولادة . (ى) . وهو قرينة تفيد العلم . « مسألة » و يشهد على القطع أن بينهما رضاعاً محرماً واصلا إلى الجوف فى الحولين ، فلو اقتصر على محرم فوجهان : أصحهما وجوب التفصيل احتياطاً فى فسخ النكاح ولو شهد على القرائن المشاهدة لم يكف إجماعاً حتى يقول رضاعاً محرماً أو نحوه .

(قوله) « فأفارقها » الخبر . عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبى أهاب فجاءت أمة سوداء فقالت : قد أرضعتكما ، فذكرت ذلك للنبي ﷺ فأعرض عنى فتنحيت ، فذكرت ذلك له ، فقال : كيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ، دعها عنك » . وفى أخرى : « كيف وقد قيل دعها ، فنهاه عنها » . وفى رواية :« فقلت إنها كاذبة . قال : كيف بها وقد زعمت أنها أرضعتكما ؟ دعها عنك » . وفى أخرى ، « كيف وقد قيل : دعها عنك » هذه بعض روايات البخارى وأخرج أبو داود والترمذى والنسائى نحواً من بعضها .

كتاب النفقات

والأصل فيها قوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ، وإذا وجبت فى العدة فقبلها أولى ، وقوله تعالى (ومتعوهن) (لينفق ذو سعة من سعته) (ذلك أدنى أن لاتعولوا) . أى لايكثر من تنفقون عليه فى أحد التأويلين . ومن السنة قوله ﷺ «وأن يطعمها إذا طعم» . وقوله ﷺ لهند «خذى مايكفيك» الخبر وله فوائد ظاهرة ونحوهما . والإجماع على وجوبها .

فصل فى نفقة الزوجات

« مسألة » . وندب الاكتفاء بواحدة . لقوله تعالى (فواحدة)، (د) . جمع ﷺ تسعاً ، قلنا : لعصمته من الجور، « مسألة » (ه شص) ولها كفايتها على قدر حال الزوج : لقوله تعالى (لينفق ذو سعة من سعته) (ك) بل بحالها ، لقوله ﷺ لهند « خذى مايكفيك » قلنا : لم يطلق ، بل قال بالمعروف وليسار أبي سفيان . « مسألة » .

باب النفقـــات

(قوله) « وأن يطعها إذا طعم » لفظه عن حكيم بن معاوية عن أبيه قال: قلت: يارسول الله ما حق زوجة أحدنا عليه ؟ قال : « أن تطعمها إذا طعمت ، وتكسوها إذا اكتسيت » الحديث وقد تقدم بتمامه .

(قوله) « خذى مايكفيك » عن عائشة قالت : قالت هند يارسول الله ، إن أبا سفيان رجل شحيح ، وليس يعطينى مايكفينى وولدى، إلا ماأخذت من ماله وهو لا يعلم. فقال رسول الله ﷺ « خذى مايكفيك وولدك بالمعروف » . أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والنسائى .

(قوله) «ونحوهما» عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « دينار أنفقته فى سبيل الله ودينار أنفقته فى رقبة ، ودينار تصدقت به على مسكين ، ودينار أنفقته على أهلك أعظمها أجرا الذى أنفقته على أهلك » . أخرجه مسلم وعن ثوبان قال : قال رسول الله ﷺ « أفضل دينار ينفقه الرجل دينار ينفقه على عياله ، ودينار ينفقه على دابته فى سبيل الله ، ودينار ينفقه على أصحابه فى سبيل الله » أخرجه مسلم والترمذى . وفى حديث عمرو بن أبى الأحوص ، أنه سمع النبي ﷺ يقول « ألا واستوصوا بالنساء خيراً » . وساق الحديث إلى أن قال : « وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن فى كسوتهن وطعامهن » أخرجه بكماله الترمذى .

(هـ ق م ط قش) ولا تقدير إلا بالكفاية . لقوله تعالى (على الموسع قدره) ولم يبين (خب ح) . بل مقدرة (هـ) فالموسر ثلاثة أمداد سوى الأدام . والمعسر مد ونصف (ح) الموسر سبعة دراهم إلى ثمانية في الشهر . والمعسر أربعة إلى خمسة (ش) الموسر مدان ، والمعسر مد ، والمتوسط مد ونصف ، إذ أراد بقوله تعالى (على الموسع قدره) التقدير . قلنا : بل الاستطاعة « مسألة » . والواجب للزوجة ستة أشياء : طعام ، و إدام ، وخادم ، وكسوة ، وتنظيف وسكنى . (فرع) . فالطعام غالب قوت البلد من تمر أو بر أو شعير أو ذرة أو أرز ، لقوله تعالى (بالمعروف) (ى) . و إنما يجزىء الحب لا الدقيق والخبز ولا القيمة .كالكفارة ، فإن تراضيا فوجهان : يصح كالقرض وهو الأصح . قلت : وهو الأقرب للمذهب . ولا ، كالكفارة ، لمخالفة المشروع . وعليه مؤنة الطحن والخبز والعجن (فرع) والأدام الغالب في الجهة كالنفقة من زيت أو سليط أو سمن أو لبن أو لحم ، على ما يعتاد في الجهة في كل الأسبوع أوفي بعضه لقول (ع) «لها الخبز و إدامه» وتقديره بالعرف وقد قدر في اليوم أوقيتان دهناً من الموسر . ومن المعسر أوقية ، ومن المتوسط أوقية ونصف (ى) ولا يلزمه الدواء كالمستأجر لا يلزمه إصلاح ما انهدم . قلت : بل المذهب خلافه . وله منعها من أكل ما يكرهه من ثوم أوغيره . (فرع) (هب ش) و إخدامها إن كانت ممن لا يخدم نفسها (د) لا . لنا : (وعاشروهن بالمعروف) وكإخدام الطفل . قلت : و يعتبر في الطفلة بعادة أهلها ، وفي الكبيرة بعادتها عند العقد .(ى) وفي إخدام الأمة الزوجة وجهان : أصحهما يجب لعموم الدليل . قلت : إن كانت لا تخدم نفسها (الوافي) لا ، مطلقاً (ه قين) و إنما يلزم خادم واحد لكفايته . (ك) بل إن كان لها قبل النكاح أكثر لزمه . قلنا : القصد الكفاية . و إنما يخدمها امرأة أو

(قوله) « لها الخبز وإدامه » روى عن عكرمة عن ابن عباس « أن امرأة سألته فقالت له : ما الذي لي في مال زوجي ؟ فقال لها : الخبز وإدامه . فقالت : آخذ من دراهمه شيئا ؟ قال لها : أتحبين أن يأخذ من حليتك شيئا يتصدق به ؟ قالت: لا . قال : فكذلك . لا تأخذي من دراهمه شيئا بغير أمره » هكذا حكاه في الانتصار . وفي رواية لأبي داود عن أبي هريرة «أنه سئل عن المرأة هل تتصدق من بيت زوجها ؟ فقال : لا ، إلا من قوتها ، والأجر بينهما ، ولا يحل لها أن تتصدق من مال زوجها إلا باذنه » وفي حديث أخرجه الترمذي عن أبي أمامة عن النبي ﷺ قال « لا تنفق المرأة شيئا من بيت زوجها إلا باذن زوجها » قيل : يارسول الله ولا الطعام ؟ قال : ذلك أفضل أموالنا» والله أعلم .

محرماً ، إذ قد تفتقر إلى الخلوة به فى حال . وفى استخدام الذمية وجهان : أصحهما يجوز إن رضيت و إلا فلا لاستقذارها ، وله أن يستأجر و يستعير . فإن اختلف اختيارهما قدم اختياره كالنفقة ولتندفع التهمة عنها . وفى خدمته بنفسه إياها وجهان : تجزىء و إن كرهت ، لحصول المقصود ، ولا ، للغضاضة عليها . (فرع) و يكسوها المعتاد فى الناحية ، لقوله تعالى (وكسوتهن بالمعروف) وهى قميص وسراويل وخمار ومقنعة ونعل . ولا يقاس فى التقدير على الكفارة إجماعاً ، بخلاف النفقة ، إذ القصد هنا الكفاية ، لا ما يسمى كسوة . و يعتبر فى جنسها بالغالب فى الجهة كما مر ، (فرع) . ومؤنة التنظيف والدهن والمشط والسدر والماء ، وأجرة الحمام إن كانت معتادة ، لا الخضاب والكتم والطيب والصبغة (فرع) (ى) والسكنى على حسب الحال ، ففى المصر دار ، وفى القرى منزلان ، وفى البدو خيمة أو كهف ، لقوله تعالى (من وجدكم) « مسألة » . وعليه الماعون كالجرة والقصعة والقدر والمغرفة ونحوها مما لا بد منه لإصلاح المعيشة ، و يكفى المدر والخشب (ق) و يزيد لها فى الشتاء الدفاء (ى) كالمحبس والملحفة قلت : و يدخل فيه الفراش ولحاف الليل «مسألة» (هب ش) و إنما تستحق يوما فيوما ، فلا يصح الضمان بمستقبلهما ولا إسقاطه (ح قش) ، بل حله بالعقد فيصح ذلك كالمهر ولا يلزمه التعجيل لمستقبل إجماعا ، إذ هو بإزاء التمكين فيلزم نفقة اليوم فى أوله ليتسع للطحن والعجن والخبز ، و إلا أضر بها . (ى) فإن سلم خبزا فأكلته طالبته بالحب إذ هو الواجب ، وطالبها بقيمة الخبز ، إذ ليس بمتبرع . وفيه نظر .

فصل

وتسلم البالغة نفسها تسليما تاما ، لا فى جهة دون أخرى أو نحوه ، كوجوب تسليم المبيع . (فرع) (ه ش مد) ولا يسقط الماضى بالمطل لعموم الدليل . (ح) يسقط ما لم يحكم بها لتنازعهما فى النشوز وعدمه . قلنا : مسلم مع التنا كر . (فرع) فإن قالت : لا أسلم نفسى إلا فى هذا المكان أو بشرط أن لا تكشف ثيابى فنشوز مسقط . (فرع) (ى ش) فإن عقد فلم يطالب ولا سلمت نفسها مدة فلا نفقة للماضى ، «لفعله ﷺ فى (عا)» قلت : المذهب وجوبها ، وحجتهم حكاية ترك لم يعرف وجهه فلا حجة

(قوله) « لفعله ﷺ فى عائشة » يعنى فانه عقد بها وهى ابنة ست سنين ودخل بها وهى ابنة تسع سنين » كما تقدم ، ولم يؤثر أنه أنفق عليها شيئا قبل أن يدخل بها .

فيه (فرع) (ى) وتسليم الولى للبالغة الكارهة لا يوجب لها شيئاً ، إذا لم يتسلمها ، إذ لا ولاية للولى فى مالها ، فإن أرادت تسليم نفسها للغائب أعلمت الحاكم فراسله وفرض لها بعد صحة تمرده ، فإن عاقه عن تسلمها عائق فى سفره فلا نفقة لها حتى يتسلمها « مسألة » وإذا سلمت المراهقة نفسها ، أو وليها ، فكالكبيرة . فإن امتنعا فالقياس يقتضى كونه نشوزا (ى) وغير المراهقة تسليمها كلا تسليم وإن صلحت . قلت : فيه خلاف سيأتى «مسألة» (هق ع ط قش) وعليه نفقة الطفلة التى لا تصلح إذ تعذر الوطء لا من جهتها كالمريضة (دم ى حص ش ك) متعذر كالناشزة . قلنا : محبوسة من أجله غير ممتنعة كالمريضة « مسألة » (هب) وتلزم الصغير فى ماله ، إذ لم يفصل الدليل (ى) ويحتمل أن لا تجب ، إذ لا تمكين . قلنا : العذر من جهته كلو هرب . فإن كانا صغيرين فعلى الخلاف فى الصغيرة «مسألة» وإذا ادعت ضرراً بالوطء بينت بعدلة (ش) بأربع (ك) باثنتين وأمر بالكف ، لقوله تعالى (ولا تضاروهن) «مسألة» (ه قين) وتسقط بخروجها من غير إذنه (ابن عيينة) لا . قلنا : خلاف الإجماع . فان خرجت بإذنه فلحاجته وجبت (قش) وكذا لحاجتها (ى هب ح مد) لا . إذ لا تمكين . قلت : وفيه نظر «مسألة» وإذا امتنعت لتسليم المهر ولها ذلك ـ فلها النفقة إجماعا . وإذا نشزت ثم طلقت ، فلا نفقة للعدة ما لم تتب . كقبل الطلاق . ولا تسقط بإنفاق الغير إلا عنه ، ويرجع إن لم يتبرع . قلت : حيث له ذلك «مسألة» (ه) ويحبس لينفق لفعل على عليه السلام ، ولا تمنع منه فى الحبس مع الخلوة ، إذ الحبس لا يسقط حقه ، ولها تحليفه ما أراد إضرارها (ى) فان ظهر إعساره أطلق إجماعا . قلت : ويؤمر بالتكسب ، فان تمرد حبس له . وينفقها الحاكم من مال الغائب بعد تحليفها والتكفيل عليها احتياطاً (ه ش فو) ويبيع عنه العروض لإنفاقها كالدين (ح) لا تصير ديناً إلا بعد الحكم ، فلا بيع لها ، بخلاف الدين . لنا : ما مر «مسألة» (ه) فإن شكت تضييق النفقة عدلها الحاكم عند ثقة إجماعا لدفع الضرر ، والقول لمن صدقته ، ونفقتها على الطالب ، وله الاستدانة للمعسر ، ويزيد وينقص منها لليسار والإعسار للآية (ى ه ش مد) ولو ماتت بعد تسليم نفقة اليوم لم يستردها ، إذ قد ملكتها ، بخلاف نفقة الشهر فيسترد حصة ما بعد يوم الموت ونحوه ، اذ هى فى مقابلة الزوجية المستقبلة وقد ارتفعت ، كتعجيل الزكاة مع الشرط (فو)

(قوله) «لفعل على عليه السلام» روى عن على عليه السلام : « أنه كان يحبس فى نفقة الزوجة كما كان يحبس فى سائر الحقوق» . حكى ذلك فى الانتصار والله أعلم .

ملكتها بالقبض ، فلا رد . قلنا : ملك غير مستقر . قلت : والقياس : أن اليوم كالشهر « مسألة » و إذا خلقت كسوتها قبل الوقت الذى تبلى فيه ، لم يلزمه البدل ، كلو مزقتها ، أو سرقت (ق ط قش) وان بقيت بعد مضى المعتاد لم يحتسبها ، بل يكسوها اذ ذاك ، لترك لبسها بعض المدة (ى) و يحتمل أن لا تلزم ، إذ لم يدعها محتاجة . قلنا : كلو لم تأكل النفقة وقتها (محمد) يلزم فى النفقة لعظم التفاوت بين التوسيع والإقتار فيها ، لا الكسوة لقلة التفاوت فقد تبقى لصفاقتها لا للصيانة (م ض ز يد قش) ولو كساها ثم ماتت أو نحوه استرجعها كالنفقة (الداعى ح) لا ، كنفقة اليوم . قلنا : بل كالسكنى (فرع) وليس لها بيع الكسوة ، إذ لم تملكها ، إذ له إبدالها (ى) و يحتمل الجواز ، إذ ملكتها بالقبض ، فان تبدلت مثلها أو أفضل جاز ، و إلا فلا * « مسألة » ولا يلزم السيد تسليم أمته لزوجها نهارا ، لملكه استخدامها، فان فعل لزمت نفقتها ، لتمام التسليم (ى) و يحتمل أن يلزم نصفها بتسليم الليل « مسألة »(ه) ونفقة زوجة العبد ، ولومدبرا ، على سيده كالمهر (ش) بل عليه . قلنا : لا يملك « مسألة » وتسقط نفقتها بالإحرام بغير إذنه ، لما مر . فان صامت بإذنه لم تسقط . وله منعها من التطوع ، لقوله ﷺ « إلا باذنه ، فان امتنعت فناشزة ، و إن لم تخرج من المنزل » ولا تسقط بصوم الفرض أداء أو قضاء قد تضيق بقرب رمضان . وله منعها من الكفارة والنذر المطلق (ى) إذ حقه فورى وهما براخ ، لا المعين إن التزمته بإذنه « مسألة » وليس للزوج منعها من الفريضة المعينة المؤداة ، وروايتها فى أول الوقت ، إذ هي مخاطبة ، ولا المقضية ، إن جعلناه فوريا ، والمنذورة والتطوع كالصوم « مسألة » و إذا ارتدت أو أسلم دونها فلا شيء لها فى العدة . إذ هو كالنشوز ، وفى العكس تلزم «مسألة» والذمية فى النفقة كالمسلمة إن وافق نكاح المسلمين قطعاً أو اجتهاداً ، و إلا فلا .

فصل

وتجب للمعتدة عن موت أو طلاق ، أو فسخ من حينه ، إذ حبسها من أجله . قلت : إلا الفسخ

(قوله) « إلا باذنه » تقدم في الصيام .

لأمر يقتضى النشوز ، كفسخ اللعان والردة والعيب ، وتسقط بالخروج ، إذ هو نشوز كتقبيل الطلاق « مسألة » ولا نفقة لمعدة الموطوءة بشبهة ، إذ هى استبراء ، والنفقة إنما تلزم بالعقد . ولا على زوجها الأول ، إذ هى مشغولة عنه (ى) بل تلزم الواطىء ، إذ العدة منه . وفى سقوطها عن الزوج وجهان : تلزم و إن تعذر الوطء كالحائض ، ولا ، إذ لا تستحق نفقتين . قلنا : محبوسة عن الأول ، ولا عقد للثانى (فرع) وفى انفاق الحامل تردد ، ينفق لقوله تعالى (حتى يضعن حملهن) وهو الأصح ، ولا ، لاحتمال كون الحمل ريحا أو نحوه . قلنا : إذا انقطع الحيض وعظم البطن ، وتحرك فى الرابع ، وركض فى الخامس ، غلب الظن بكونه حملا . قلت : و يلزم أن لا تجب قبل اليقين ، فان انكشف أن لا حمل ردت ، إذ أنفق بنية الوجوب ، والعلة فى وجوب النفقة الحامل لا الحمل فى الأصح ، و إلا لقدرت كنفقة الأقارب « مسألة » واذا نشزت بعض اليوم سقط حصته (ى) لا ، إذ اليوم لا يتبعض ، و إن طلب الزفاف فامتنعت ، لا لعذر فنشوز

فصل

(ق) و يلزم التكسب والمسألة لها لا كالدين ، و إلا منعت نفسها ، إذ هى آكد لقوله تعالى (وعلى المقتر قدره) ، وقال فى الدين (فنظرة إلى ميسرة) . (طاهر ث) ثم (يه حص قش) فإن أعسر وتعذر التكسب بأى وجه ، حيل بينه و بينها ولا فسخ ، إذ لا دليل عليه (على ٢ ره) ثم (بعص يب حمادعه) ثم (ك مد ش ى) بل لها الفسخ ، إذ النفقة عوض الاستمتاع بدليل سقوطها بالنشوز ، فإذا بطل العوض بطل المعوض كالمبيع والثمن ، وكالفسخ بالعيب ، ولقوله تعالى (فإمساك بمعروف) ونحوها . قلت : وهو قوى ، كلو طرأ عليه عيب منفر . (فرع) (لهم) فان تعذر التكسب والقرض خيرت بين الفسخ والامتناع منه ، ولها الخروج بغير إذنه ، إذ قد سقط حقه ، أو التمكين وتبقى نفقتها دينا ، ولا يبطل خيارها متى شاءت لوجوبها يوماً فيوماً . فاذا عفت تناول ذلك الوقت لاغير (فرع) (ى) ، وفى الفسخ للإدام والسكنى والخادم والكسوة وجهان : أصحهما الفسخ للكسوة لاغير ، إذ الضرر بعدمها كالنفقة . (فرع) ، ولا فسخ إن حصل قوت كل يوم ، فأما الغداء وقته والعشاء وقته ففيه وجهان : أصحهما كذلك (المروزى) ، بل تفسخ كما لو لم يجد (فرع) فإن كان ذا حرفة فمرض أو عجز لم تفسخ إن رجت صحته فى يومين أو ثلاث ، إذ لا ضرر ، و إن نكحته عالمة بعجزه لم يبطل خيارها ، إذ يجوز أن يقترض أو يحتال . ولوجوبها يوماً فيوماً ، فإن

تمرد فلا فسخ إن أمكن اجباره (ى) وإلا فسخ . وكذا غائب لم يعلم خبره دفعاً للضرر . (فرع) (لهم) والفسخ إلى الزوجة إذ يختص بها، فلا يفسخ ولي الصغير وسيد الأمة ، و إن كان هو المستحق لكن يسقط عن السيد إن لم تفسخ هي . قلت : وسلمها مستداماً وتبقى ديناً على الزوج . (فرع) (لهم) وفي وقت الفسخ وجوه: من وسط النهار إذ لا يمتاد التأخير إليه، أو بعد يوم وليلة ليستقر الحق إذ تراد النفقة لليوم ، أو بعد الثلاث ليتحقق العجز (ى) أو موضع اجتهاد للحاكم إن كان و إلا فبعد مضى وقت الغداء إذ لا تصبر أكثر . « مسألة » (ى) ولا فائدة للإمهال إن لم يرج إيساره في مدته ، ولها فسخ الراعي ونحوه إن لم يأت بالنفقة الا وقت إيوائه ، ولا تساقط ديناً عليها له إن كانت معسرة لاستثناء قوت اليوم المعسر . « مسألة » وهو فسخ في الأصح كفسخ العيب ، لكن يرفع الى الحاكم ليقطع الاجتهاد ، فإن لم يكن فلها الفسخ لدفع الضرر ، وقيل بل يحبس حتى يطلق و إلا طلق عنه الحاكم ، فإن راجع طلق عنه ثانية ، فإن راجع زاد ثالثة والأول أصح « مسألة » (ه قين مد) ، والقول لها في عدم الانفاق ولو غائبا ، إذ الأصل عدمه (ك) إن كان غائبا فالقول له ، اذ الظاهر أنها لم تمتثل الا وقد قبضت. قلنا: لا نسلم. (فرع) فإن قال : ولدت بعد الطلاق ، فلا نفقة لك . وقالت : بل قبله ، فالقول لها ، إذ هي أعرف بنفسها . وتبطل الرجعة باقراره ، والقول له في عدم التمكين إذ هو الأصل . قلت : ولها في نفي النشوز الماضي وقدره اذ يريد اسقاط حق عن نفسه ، الا أن تكون في الحال ناشزة فهي قرينة صحة دعواه . « مسألة » (ع الفنون ح) والقول له في الاعسار اذ هو الأصل (م ط ابن شجاع) وغيره من (صح) ، يريد اسقاط حق قد لزم فيبين . قلت :وهو قوى (ى) أما عوض المبيع والقرض والمستأجر فيبين اذ الدخول فيها أمارة اليسار في الظاهر .

فصل

ونفقة الطفل على أبيه، لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) ، والنفقة أولى من أجرة الرضاع . وقوله ﷺ « أنفقه على ولدك » ، والإجماع ظاهر « مسألة » وعلى الأم ارضاع لبأها[1] ثلاثة أيام أو سبعا (ن) ثلاث رضعات . قلنا : بل حسب العادة ، ولا أجرة إذ لا يعيش

(قوله) « أنفقه على ولدك » تقدم .

---

(١) اللبأ . هو أول اللبن

من دونه، ولا قيمة له. ولا يلزمها مازاد إلا بالأجرة. ولا تجبر (ى) إجماعا ، وعلى منفقه أجرة استرضاعه كالنفقة . « مسألة » (هـ ط ع) ، ولو كان ذا مال فنفقته على الأب لا الأم ، لعموم قوله تعالى (وعلى المولود له) الآية . وقوله ﷺ « أنفقه على ولدك » ولم يفصل (م ن قين ى) موسر فلا يلزم انفاقه كالكبير . قلت : وهو قوى فإن أعسر الأب ولا كسب له ، فمن مال الولد إجماعاً و يستنفق منه . (فرع) (ط هـ) فان كان له كسب أنفق نفسه وولده منه (م) بل فى مال الولد قلنا : الكاسب كالموسر لتمكنه . « مسألة » ، ولا يجب الرضاع بعد الحولين ، و يجوز النقص إن لم يضر به . « مسألة » (٥ قين) ولا تتعين الأم للرضاع ، لقوله تعالى (فسترضع له أخرى) (ثور) ، بل تعين ، إذ قوله تعالى (يرضعن أولادهن) بمعنى الأمر (ك) الرفيعة لا تجبر إذ لاتخدم نفسها فكذا ولدها، و إلا أجبرت . قلنا : الأمر ليس للوجوب ، بدليل (فسترضع) « مسألة» (ى)وندب أن لايمنعها الأب اذ هي أشفق ويزيد على نفقتها أجرة حتما، لقوله تعالى (وعلى المولود له رزقهن) وهي قدر مايراه الحاكم . قلت : لعله عند لبس أجرة المثل ، وتجبر الأم إن لم يقبل غيرها، لقوله تعالى (لاتضار والدة بولدها) . « مسألة »(٥ قش) ، و يصح استئجارها للرضاع والخدمة البيت مع بقاء الزوجية، لقوله تعالى (فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) (هـ ح ش) لا إذ يرفع حق الاستمتاع وقت الخدمة . قلنا : طلبه إياه رضاء بإسقاط حق الخدمة تلك الحال . فإن بانت جاز إجماعا . (هـ ب ش ح) ، وللأب نقله إلى مثلها تربية بدون ما طلبت ، لقوله تعالى (و إن تعاسرتم فسترضع له أخرى)و إلا فلا، لقوله ﷺ « الأم أحق بحضانة ولدها» (ح) له أن يسترضع غيرها و يبقى معها ، إذ هى أرفق وتأتيها المرضعة . (فرع) والبينة عليه إذ يريد إسقاط حق قد ثبت للأم (ش) بل القول له لتعذر البينة على دعواه . قلنا : لاتعذر . «مسألة» (هـ ب قين) ، ولا نفقة على الأم مع يسار الأب، لقوله تعالى (فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن) . «مسألة»(ط هـ ح)، وعلى الأم والجد الموسرين حسب الإرث(فو صش ى) ، بل على الجد وحده إذ هو أب ، لقوله تعالى (ملة أبيكم ابراهيم) قلنا : مجاز :« مسألة » (٥قين) وعلى الكافر نفقة ولده المسلم كالعكس ، لقوله تعالى (لاتضار والدة بولدها) «مسألة» (هـ ط ع فو) فإن أعسر الأب لم يلزم

(قوله) « الأم أحق بحضانة ولدها » ، سيأتى ما يتضمن معناه .

الأم الموسرة إلا قرضاً للأب، إذ نفقه الطفل كنفقة الزوجة بدليل لزومها، و إن كان له مال (م ى صش) بل على الأم لقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) (لا تضار والدة بولدها). لنا: مامر «مسألة» ومن له أب وابن معسران ولا يجد إلا لأحدهما فوجوه: أحدها الأب أولى لحرمته، إذ لايقاد به. الثاني: الابن لثبوت نفقته بالنص. الثالث سواء إذ فى كل واحد ترجيح فيقسم (فرع) (ى) والأب أولى من الجد لقربه وقيل سواء

فصل

وعلى الولد الموسر نفقة الأبوين المعسرين إجماعاً، لقوله تعالى (وبالوالدين إحسانا) ولو كافرين لقوله تعالى (وإن جاهداك) «وأنت ومالك لأبيك» ونحوه «مسألة» (ه قين) والأم المعسرة كالأب فى وجوب نفقتها، لقوله ﷺ «أمك ثم أمك» الخبر (ك) لا دليل شرعي. قلنا: الخبر، سلمنا فقيسة على الأب (فرع) وكذلك الخلاف فى الجدات «مسألة» ومن لا يجد إلا لأحد أبويه فوجوه: الأب أولى لولايته والانتساب إليه. الثانى: الأم للخبر. الثالث سواء إذ لا ترجيح «مسألة» (ه ح) ومن له أب وابن موسران أنفقه الابن، لقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك» الخبر «مسألة» (هب ح قش) ولا يلزم إعفاف الأب كالابن (ى ش) يستضر بفقده كالنفقة قلنا: النفقة لقوام البدن، وهذا للذة كالطيب. قالوا: الدين كالروح. قلنا: لا نسلم، و إلالزم فى الابن (فرع) (لهم) والخيرة للأب فيمن يعفه من تسرى أو نكاح، ولا ينكحه أمة ولا شوهاء ولا عجوزاً لفوت المقصود (فرع) و إذا أيسر بعد قبضه مالا من ابنه ليتزوج به لم يلزمه رده، إذ قبضه مستحقا له كالزكاة، ومتى طلق أو أعتق لم يلزم الابن لا التعويض فإن ماتت فاحتمالان (ى) أقواهما لزوم التعويض «مسألة» (ه ح) ولا يلزم الابن التكسب إلا لعاجز لخشية ضرره.

(قوله) «أنت ومالك لأبيك» تقدم بمعناه.

(قوله) «أمك ثم أمك» الخبر عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده. قال: قلت يا رسول الله من أبر؟ قال: أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك، ثم الأقرب فالأقرب» هكذا فى رواية أبى داود.

فصل

وندبت صلة الرحم لآثار فيها، وقوله تعالى (وأولو الأرحام) الآية «مسألة» (٢ثم لى لح ه مد ثور) وعلى كل موسر نفقة معسر على ملته يرثه بالنسب لقوله تعالى (وعلى الوارث مثل ذلك) واللام للجنس وقوله ﷺ «لا صدقة وذو رحم محتاج» (حص) تلزم الرحم المحرم فقط، إذ القصد الصلة والمواساة. وأما غير المحارم فالنكاح عوض عن الصلة. قلنا: لا دليل على ذلك (شص) بل للأصول والفصول فقط، لقوله ﷺ لمن قال معي دينار «أنفقه على ولدك» الخبر. ولم يذكر الأقارب. قلنا: ولا الوالدين، فجوابكم جوابنا (ك) بل الولد والوالد فقط، لقوله تعالى (لا تضار والدة) الآية. ولم يذكر غيرهما والمراد الإنفاق. قلنا: لدليل آخر (فرع) ولا تجب لقريب كافر إذ هي صلة : والكفر قاطع، لقوله ﷺ «المؤمن والكافر لا تتراءى نيرانهما» وكالإرث ولا لغير موروث من النسب، لقوله تعالى (وعلى الوارث) ولا على المعسر لقوله ﷺ «الفقراء عالة الأغنياء» ونحوه وتلزم في مال الصغير كالزكاة « مسألة » وإنما تلزم الموسر لما مر (ه) وهو من يملك مائة دينار تزيد أو تنقص تقريبا (ع) من لا يسمى فقيراً (زح ف) من تلزمه الزكاة (بعض الحنفية) من له فضلة

(قوله) « وندبت صله الرحم لآثار فيها » عن أبي هريرة : أن النبي ﷺ قال « إن الرحم شجنة من الرحمن » فقال الله عز وجل (من وصلك وصلته ، ومن قطعك قطعته » أخرجه البخاري . وله ولمسلم عن عائشة ، قالت : قال رسول الله ﷺ « الرحم معلقة بالعرش تقول من وصلني وصله الله ، ومن قطعني قطعه الله » وعن عبد الرحمن بن عوف قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « قال الله تعالى أنا الله وأنا الرحمن خلقت الرحم وشققت لها من اسمي فمن وصلها وصلته ، ومن قطعها قطعته» أو قال بتته » . أخرجه أبو داود والترمذي . وعن أبي هريرة : أن النبي ﷺ قال « من سره أن يبسط له في رزقه وأن ينسأ له في أثره فليصل رحمه » . أخرجه البخاري والترمذي . ونحوه مع زيادة . وفي ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « لا صدقة وذو رحم محتاج » تقدم ما يتضمن معناه في فضل صدقة التطوع .

(قوله) « الفقراء عالة الأغنياء » حكاه في الانتصار وقد تقدم .

(قوله) « ونحوه » . عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « خير الصدقة ما كان عن ظهر غنى ، وابدأ بمن تعول » أخرجه البخاري وغيره . وفيه روايات أخرى من طرق شتى وله شواهد كثيرة .

عن قوت شهر له وللأخص به (ى ش) بل على قوت يوم وليلة ، لقوله ﷺ « فليبدأ بنفسه » الخبر . قلت : الصحيح أنه من يملك الكفاية له وللأخص به إلى الدخل من سنة أو يوم ، إذ لا يسمى من دونه موسراً لغة ولا عرفاً . « مسألة » ، ومن له حرفة يتفضل منها فكالموسر ، لقوله ﷺ « لاحظ فيها لغنى ولا لمكتسب » . فجعله كالغنى . (فرع) (هب ح) ولا يباع عرض لنفقة القريب ولو أبا الا بأمر الحاكم . (ى ش) يجوز مطلقا كالدراهم ونحوها . قلنا : لا ينتقل الملك الا بحكم أو تراض ، والدراهم مخصوصة بكونها مثلية كالطعام «مسألة» (ى ه ش) والمعسر من لايجد مايتقوته ، اذ انفاقه مواساة (ى) وهواجماع .قلت : فيه نظر ،بل هذا قول(م)وفسر بالعشاء والغداء وهو قوى . (ط ع) من لا يجد قوت عشرة أيام غير ما استثنى للمفلس لما مر فى الفطرة (زوافى) من لا يملك نصابا . (ش ى) ويشترط أن لا يمكنه التكسب لصغر أوهرم ، أو مرض مزمن . قلنا : لا دليل على اعتبار ذلك . « مسألة » . (هب ح قش) وتلزم الصحيح الذى لاحرفة له كالزمن . (ي) سيما الذى ينقص قدره بالحرفة (ش) . بل هو كالمتكسب . قلنا : لم يفصل دليل انفاق المعسر . «مسألة» (م غ ش) . و إذا بلغت فى بيت أبيها فلا نفقة لها لإمكان التكسب . (هب ح) يتعذر لأجل الخفارة وفيه نظر ، « مسألة » والكسوة مايعتاد فى الجهة ، وكذا النفقة والسكنى . « مسألة » (ه قين) ويسقط الماضى بالمطل ، إذ هو لدفع الحاجة ، وقد مضت ، « مسألة » (هب ش) وللحاكم بيع العقار لنفقة القريب (ح) لا ، الا الزوجة . قلنا : والقريب مقيس . « مسألة » ويؤخذ من مال الغائب مع الكفيل لما مر ، « مسألة » فإن تعدد الموسرون فحسب الإرث (الأحكام) ، فإن أعسر أحدهم فكلها على الموسر كلو انفرد

(قوله) « فليبدأ بنفسه » الخبر . روى عن جابر عن النبى ﷺ أنه قال : « إذا كان أحدكم فقيراً فليبدأ بنفسه ، فان فضل فعلى عياله ، فان فضل فعلى قرابته » هكذا روى . وفى رواية لمسلم عن جابر قال : « أعتق رجل من بنى عذرة عبداً له عن دبر فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال : ألك مال غيره ؟ قال : لا . فقال :من يشتريه منى ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله العدوى بثمانى مائة درهم . فجاء بها إلى رسول الله ﷺ فدفعها إليه ثم قال : « ابدأ بنفسك فتصدق عليها ، فان فضل شيء فلأهلك ، فان فضل عن أهلك شيء فلذى قرابتك ، فان فضل عن ذى قرابتك شيء فهكذا ، وهكذا ، يقول : فبين يديك وعن يمينك وعن شمالك» انتهى .

(قوله) « لا حظ فيها لغنى ولا لمكتسب » . تقدم فى الزكاة .

(خب) بل حصته فقط كلو أيسروا جميعاً. قلنا: إذا شملهما اليسار افترقا، ويرجع الحاضر على الغائب إن أنفق عنه كالشريك. وذو الأرحام ان توارثوا أنفقوا كغيرهم (فرع) واذا أعسر أحد الابنين فكلها على الموسر قولا واحداً، لحرمة الأبوة، وقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك».

فصل

وتجب نفقة المملوك إجماعاً، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم. «للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف» فيخير بين إحالة الكسوب على كسبه والفضلة له، ويوفى إن نقص، أو أخذه وانفاقه لملكه منافعه. «مسألة». وينفقه المعتاد، لقوله صلى الله عليه وآله وسلم «بالمعروف». وقوله «مما تطعمون» ندب أو نهى عن إلجائهم الى ماينفر عنه لخشونته «مسألة» (ه ش) ويقدر بالكفاية لقوله ﷺ «بالمعروف» (صش) بل يتجنب النادر فى كثرة الأكل وقلته، ويعطى الغالب. قلنا: بل الظاهر الكفاية لظاهر الخبر «مسألة» وندب أن يطعمه مما يصنعه، لقوله ﷺ «إذا اكفى أحدكم خادمه» الخبر وكسوته من الغالب لمثله كنفقته، وندب التسوية اتقاء لإيغار الصدر، إلا فى السرية فله تفضيلها

(قوله) «للمملوك طعامه» الخبر الخ. لفظه عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق» أخرجه مسلم والموطأ.

(قوله) «ونحوه» عن أبى ذر قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول «إخوانكم جعلهم الله تحت أيديكم، فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل، وليلبسه مما يلبس، ولا يكلفه ما يغلبه فان كلفه ما يغلبه فليعنه عليه» هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخارى ومسلم وأبو داود والترمذى. وعن ابن عمرو بن العاص، قال قال رسول الله ﷺ «كفى بالمرء إثماً أن يحبس عمن يملك قوته» هذه رواية مسلم، وفى رواية أبى داود: «كفى بالمرء إثماً أن يضيع من يقوت».

(قوله) «بالمعروف» تقدم فى المتن.

(قوله) «مما تطعمون» تقدم بمعناه.

(قوله) «إذا كفى أحدكم خادمه» الخبر. لفظه عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ «إذا أتى أحدكم خادمه بطعامه فان لم يجلسه معه فليناوله لقمة أو لقمتين أو أكلة أو أكلتين فانه ولى حره وعلاجه». أخرجه البخارى. ولأبى داود والترمذى نحوه. والذى فى الكتاب من لفظ رواية الترمذى.

كالبار من أولاده « مسألة » ولا يكلف ما لا يطيق الدوام عليه ، وله تأجيره ولو لرضاع مالم يضر بولدها « مسألة » وله مخارجته . وهى : خارجتك على أن تعطيني كل يوم كذا (ى) إلا من لا كسب له لقول (٣) « لا يكلف المملوك » ولا يجبر الممتنع منهما « مسألة » و يجبر السيد على إنفاقه اجماعاً، أو تخلية القادر للتكسب أو إزالة الملك . فان تمرد فالحاكم كبيع مال المحجور عليه ونحوه « مسألة » وعلى الشريك حصته على قدر حاله والوجه ظاهر « مسألة » (ه ك) وعليه حصة شريكه الغائب والمتمرد و يرجع ولو مستقلا (قين) لا، إن لم يكن بأمر الحاكم إذ لا يثبت فى الذمة إلا ما التزمه أو ألزمه ذو ولاية . قلنا : للشريك ولاية لصحة تصرفه فيه . والمدبرة والمستولدة كالرقيقة .

فصل

ونفقة الحيوان المملوك واجبة، لقوله ﷺ « اطلعت ليلة أسرى بى » الخبر ونحوه «مسألة» فيعلفه أو يبيعه أو يسيبه فى مرتع (هشص) فإن تمرد أجبر كالعبد (حص) بل يؤمر استصلاحا لا حتما

(قوله) « لا يكلف المملوك » إلى آخره الذى فى الجامع عن أبى سهيل بن مالك : أنه سمع عثمان بن عفان يقول فى خطبته حين ولى : «ولا تكلفوا الصبيان الكسب، فانكم متى كلفتموهم الكسب سرقوا . ولا تكلفوا الأمة غير ذات الصنعة الكسب ، فانكم متى كلفتموها كسبت بفرجها ، وعفوا إذ أعفكم الله ، وعليكم من المطاعم بما طاب منها » . أخرجه الموطأ . وعن رافع ابن خديج قال : « نهى رسول الله ﷺ عن كسب الأمة حتى يعلم من أين هو » . أخرجه أبو داود وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « اطلعت ليلة أسرى بى » الخبر ، ونحوه . هذا غير معروف فى حديث الاسراء لكن فى حديث صلاة الكسوف عن جابر عن النبى ﷺ مالفظه « وعرضت على النار فرأيت امرأة من بنى اسرائيل تعذب فى هرة ربطتها فلم تطعمها ولم تدعها تأكل من خشاش الأرض » أخرجه مسلم وغيره . وفيه روايات أخرى من طرق شتى . وعن أبى هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « عذبت امرأة فى هرة لها ربطتها لم تطعمها ولم تسقها ولم تتركها تأكل من خشاش الأرض » . أخرجه مسلم . وفي ذلك أحاديث أخرى . وعن أبى هريرة . قال : « بينما =

إذ لايثبت له حق ولا خصومة ، ولاينصب عنه، فهوكالشجر ونحوه . قلنا : ذات روح يجب حفظه ولو بغصب لخشية التلف فأشبهت الآدمى (فرع) ولا يؤخذ من لبنها ما يضر بولدها، كولد الأمة. والطير والكلب والهر المملوكة تطعم كل ما يعتاد كالبهيمة «مسألة» ولا يجبر على اصلاح شجره أو بنيانه إجماعاً ، ويندب أمره للنهى عن إضاعة المال.

باب

والحضانة بفتح الحاء وكسرها من الحضن لضم المحضون إليه، وفى الشرع حفظ المولود وتربيته هى على منفق الطفل ودليلها من الكتاب والسنة والإجماع ظاهر .

فصل فى ثبوت حق الحضانة وما تبطل به

« مسألة » حق الحضانة ثابت إجماعا ، لقوله ﷺ « أنت أحق به ما لم تنكحى » ويبطل حق مستحقه بالجنون اذ لا يحفظ . والرق ، إذ لاولاية لها على نفسها، والكفر إذ

=رجل يمشى بطريق اشتد عليه العطش فوجد بئرا فنزل فيها ، فشرب ثم خرج ، فاذا كلب يلهث يأكل الثرى من العطش ، فقال الرجل : لقد بلغ من هذا الكلب مثل الذى بلغ منى، فنزل البئر فملأ خفه ماء ثم أمسكه بفيه ثم رقى فسقى الكلب فشكر الله له فغفر له . قالوا يا رسول الله : إن لنا فى البهائم اجراً ؟ فقال : فى كل كبد رطبة أجر »أخرجه البخارى ومسلم والموطأ وأبو داود وفى رواية للصحيحين «أن امرأة بغيا رأت كلباً فى يوم حار يطيف ببئر قد ادلع لسانه من العطش فنزعت له بموقها فغفرلها (ح) خشاش الأرض بفتح الخاء المعجمة حشراتها . ودلع بالعين المهملة والموق : الخف .

باب الحضانة

(قوله) « أنت أحق به ما لم تنكحى » عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت النبى ﷺ فقالت : إن ابنى هذا كان بطنى له وعاء ، وثديى له سقاء ، وحجرى له حواء وإن أباه طلقنى وأراد أن ينزعه منى فقال لها رسول الله ﷺ « أنت أحق به ما لم تنكحى» أخرجه أبو داود .

لايتولى كافر مسلماء ولنجاسة لبنها، و بأى فسق إذ لا أمانة، ولئلا تتغير الطباع . قلت: و بالنشوز لذلك . « مسألة » (ه قين ك) وبالنكاح لقوله ﷺ « ما لم تنكحى » (بص) لا ، إذ لم تبطل حضانة أم سلمة لبنتها حين نكحها ﷺ ، وحضانة امرأة جعفر لبنت حمزة . ولقوله تعالى (وربائبكم اللاتى فى حجوركم) قلنا : لعدم الخلية . (فرع) (يه ك) ، ولا تعود الولاية بالطلاق لقوله « ما لم تنكحى » وأطلق ، وكسقوط القود (ش) تعود ولو فى عدة الرجعى، لتحريم الوطء فيها كالبائنة (م ح ني) بل بالبائن أو بمضى عدة الرجعى، لبقاء حكم الزوجية فيها .قلت : وهو قوى لزوال العارض المانع . وفى قوله ، « ما لم تنكحى » تنبيه على أن المانع اشتغالها بالزوج «مسألة» (م) و تبطل حضانة الجدة تبعاً للأم إذ هى فرعها (ط ى) لا . قلت : وهو قوى، و إلا لزم فى الخالة «مسألة» (هب ح) ، ولا تبطل إن نكحت ذا رحم له، اذ يكون كالأب (ش) لم يفصل الدليل . قلنا : فصل القياس « مسألة » (ه) وليس للزوج المنع من الحضانة حيث لا يوجد مثلها ، لوجوبها عليها ، فإن وجد جاز كفعله ﷺ فى بنت أم سلمة ، « مسألة » (ه ش) والأم الحرة أولى بولدها المستقل من العبد حتى يعتق، إذ لاولاية لمملوك (حص) متى استقل بنفسه وأطاق الأدب فالأب أحق به، لقوله ﷺ «أنت ومالك لأبيك » ولم يفصل. قلنا : فصل القياس « مسألة » (ط لى) ، وللمطلقة نقل أولادها إلى مقرها، اذ قرارها فيه مستحق فى الأصل ، لكن تعين الخروج لأجل الزوج ، فأما الى غيره فلا ، إذ ليس بمستحق من قبل (حص) لها نقلهم إلى المصر الذى وقع فيه عقد النكاح، إذا هو مصرها . فأما إلى غير ذلك فلا (ح) ، ولا تخرجهم

(قوله) « إذ لم تبطل حضانة أم سلمة » الخ . أما حديث أم سلمة فسيأتى . وأما حديث امرأة جعفر فعن على عليه السلام قال: خرج زيد بن حارثة إلى مكة، فقدم بابنة حمزة فقال جعفر أنا آخذها أنا أحق بها، ابنة عمى وعندى خالتها، وإنما الخالة أم. وقال على: أنا أحق بها هى ابنة عمى وعندى ابنة رسول الله ﷺ فهى أحق بها. وقال زيد: أنا أحق بها هى ابنة أخى، وإنما خرجت إليها وسافرت وقدمت بها. فقضى بها رسول الله ﷺ لجعفر وقال: «الخالة أم» أخرجه أبو داود وفيه رواية أخرى له .

(قوله) « كفعله ﷺ فى بنت أم سلمة » حكى فى الشفاء وغيره أن النبى ﷺ لما تزوج أم سلمة أمر من يكفل ابنتها زينب ، وكان ذلك برضا أم سلمة .

(قوله) « أنت ومالك لأبيك » قد تكرر .

من المصر إلى السواد ولها ردهم من السواد الى المصر ، لقوله ﷺ : « من بدا فقد جفا » . (ش ى) إذا اختلفت دار الأبوين ، فالأب أحق بالذكر ، والأم بالأنثى ، ليتعلم كل ما يليق به (ك) ليس لها نقله الى فوق البريد لئلا يتغرب عن أهله . قلت : الصحيح أنها أحق به حتى يستغنى عنها ثم الأب أحق بالذكر ، والأم بالأنثى ، ليتعلم كل ما يليق به ، إلا أن تكون الأم أفضل خلقاً وتأديباً فهى أحق « مسألة » وللأم الامتناع ان قبل غيرها ، لقوله تعالى (وان تعاسرتم فسترضع له أخرى) ولها الأجرة كما مر الا أيام اللبأ لتعينها عليها . وللأب نقله الى مثلها تربية بدون ما طلبت للآية ، و الا فلا .

فصل

وإنما يحضن طفل أو مجنون أو معتوه حتى يستغنى بنفسه ، ثم الأب أولى بالذكر ، والأم بالأنثى . وبهما حيث لا أب ، فإن تزوجت فمن يليها ، فإن تزوجن خير بين الأم والعصبة ، ثم ينقل الى من اختار ثانيا لما سيأتى . « مسألة » (ع ط ح) وحد الاستغناء أن يأكل ويشرب ويلبس بنفسه لأوقاتها كالعقلاء (م ش) بل ببلوغ السبع لتخيير على عليه السلام عمارة بين أبيه وأمه و (٢) غلاماً بين أبويه ، وكانا سباعيين ولم يخالفا . قلنا : لاستغنائهما والا فلا وجه له « مسألة » (هب ط حص) ، ومتى استغنى

(قوله) « من بدا فقد جفا » لفظه عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال « من سكن البادية جفا ، ومن تبع الصيد غفل ومن أتى أبواب السلطان افتتن » أخرجه الترمذى والنسائى . ولأبى داود نحوه مع زيادة .

(قوله) « لتخيير على عليه السلام عمارة بين أبيه وأمه » روى عن عمارة بن ربيعة أنه قال : قتل أبى فخاصم عمى أمى فجاء إلى على بن أبى طالب عليه السلام ومعى أخ لى صغير . فخيرنى على عليه السلام فاخترت أمى . وقال : لو بلغ هذا لخيرته . وفى بعض الأخبار عن عمارة أنه قال : كنت ابن سبع سنين أو ثمان ، هكذا حكاه فى أصول الأحكام والشفاء . وذكر نحوه فى التلخيص ونسبه إلى الشافعى فى الأم ، إلا أنه قال عمارة الجرمى ولم يقل ابن ربيعة ، ولا ذكر قتل الأب والله أعلم .

(قوله) « و (٢) غلاماً بين أبويه » ذكر فى التلخيص « أن عمر خير غلاماً بين أبيه وأمه » ونسبه إلى الشافعى والبيهقى .

بنفسه فالأب أولى بالذكر والأم بالأنثى لما مر (شص ى) ، بل يخير لفعله ﷺ وعلى عليه السلام و (٢)(ك) الأنثى للأم حتى تزوج وتدخل ، والذكر للأب حتى يبلغ إذ لا استغناء قبل ذلك(مد) يخير الذكر فقط لفعله ﷺ. والأنثى للأم ، قلنا : لا تهتدى إلى مصلحة فتخير ، وفعله ﷺ يحتمل أنه لعدم أمانة الأب أو غير ذلك (فرع) (لهم) فان اختارهما معا فالقرعة أو يجبر على الاختيار ، و إذا اختار الأم كان فى النهار عند أبيه ليؤدبه ، وليس لها منعه . و إذا اختار الأب فللأم زيارة البنت إلى موضعها ، ولا تخرج لئلا تخدع ، بخلاف الابن فيخرج اليها . فإن مرض فالأم أحق بتمريضه ، إذ هي أرفق ، ولها نقله إلى بيتها كلو كان طفلا (فرع) (لهم) و (ى) وينقل إلى من اختار ثانيا اذ التخيير ايثاراً لشهوته ، ما لم يكن لضعف عقله . ولا يمنع الولد من زيارة من مرض من أبويه اذ يكون قطيعة والقول للأم فى أنها غير ناكحة ، وللزوج فى بقاء العدة .

فصل فى ترتيب الحواضن

أقدمهن الأم الحرة اجماعاً للخبر ، ثم أمهاتها وان علون (ش) لا حضانة لجدة لا ترث . قلنا : لم تبن على التوريث كما مر (ه شص) ثم الأب الحر (خب الاصطخرى) بل الخالة لقوله ﷺ «الخالة أم» قلنا : لولا الشرع لقدمناه على الأم للقياس ، ولادليل فيما عداها ، والخبر ليس

(قوله) «ولفعله ﷺ» الخ . عن أبي هريرة قال : كنت قاعداً مع رسول الله ﷺ فأتته امرأة فقالت يارسول الله إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد نفعني وسقاني من عذب الماء . وعند أبي داود . وقد سقاني من بئر أبي عنبة ، فقال رسول الله ﷺ: « استهما عليه فقال زوجها من يحاقني في ولدي ؟ فقال رسول الله ﷺ هذا أبوك وهذه أمك ، فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به » أخرجه أبو داود ، واختصره الترمذي قال : «إن النبي ﷺ خير غلاماً بين أبيه وأمه » وأخرج النسائي نحو ما ذكرناه من رواية أبي داود .

(قوله) « وعلى عليه السلام » هو ما مر آنفاً .

(قوله) « الخالة أم » تقدم قريباً . تنبيه : عن القاسم بن محمد قال : كانت عند عمر بن الخطاب امرأة من الأنصار فولدت له عاصم بن عمر ، ثم إنه فارقها فجاء عمر قباء فوجد ابنه عاصما يلعب بفناء المسجد ، فأخذ بعضده فوضعه بين يديه على الدابة ، فأدركته جدة الغلام فنازعته إياه حتى أتيا أبا بكر الصديق فقال عمر : ابني ، وقالت المرأة ابني ، فقال أبو بكر : خل بينها وبينه . قال فما راجعه عمر الكلام » أخرجه الموطأ . قلت : وهذا هو الخبر الذى أشرت إليه أولا ولعل ما سبق ذكره سهو . والله أعلم

على حقيقته ، فيتأول على مايوافق القياس ، وهو كونها بعد الأبوين (يه ابن سريج فر عح) ثم الخالة لخبر بنت حمزة (ش) بل أم الأب كأم الأم قلنا : حق الأب متأخر عن حق الأم ، فكذا من يليه متأخر عن يليها (ن م ا كثر صش عح) بل الأخوات لإدلائهن بالأب وهو مقدم على أمه ، فكذا من يدلى به. قلنا: قال ﷺ «الخالة أم» وخص الأب وأم الأم بالاجماع «مسألة» (يه) ثم بعد الخالة أمهات الأب، كأم الأم، لـكن قدمت الخالة للخبر « مسألة » (هب) ثم أمهات أب الأم (ى) لا حضانة لهن .قلنا يدلين بالأم كامهاتها «مسألة» ثم الأخوات لأنهن أقرب ممن بعدهن «مسألة» ثم بنات الخالات لادلائهن بالأم ، ثم بنات الأخوات للقرب ،ثم بنات الأخ لقربه ثم العمات ثم بناتهن. قلت : ثم بنات العم ثم عمات الأب ثم بناتهن ،ثم بنات أعمام الأب. اذ قرابة النساء من جهة الأب معتبرة حيث عدمت فى درجتهن قرابة الأم كالأخوات ، و يقدم ذو السببين ، ثم ذو الأم «مسألة» (ن) ، بل بعد الأب أمهاته ثم الأخوات ثم الخالات ثم خالات الأب و بناتهن ثم العمات و بناتهن كذلك (ن) و إذا تزوجت البنت لم ينقلها الزوج الا برضا الحاضنة حتى تبلغ (م) كالقاسمية الا أنه يقدم الأخوات على الخالات . « مسألة » (ه حص قش) والأخت لأم أولى من الأخت لأب ، اذ تدلى بالأم وهى أقوى (ش) هى أقوى ميراثا فتقدم . لنا ما مر . « مسألة » ، والأخوات أحق من العمات وان أدلين بالأب لركضهن معه فى بطن أمه ، واللاتى لأب مقيسات . « مسـألة » ، (ى) و بنات الخالات أحق من بنات العم اذ يدلين بالأم ، وكذلك بنات خالات الأب أحق من بنات عماته . قلت : وفيه نظر، اذ لاعلقة بينهن و بين أم الطفل ، فاعتبر فيما عدا ذلك القرب من الأب والمدلى بأبيه أقرب . فبنت العم أولى كما مر .

فصل

(ه ش) ومتى بطلت حضانة النساء فالأقرب الاقرب من العصبة المحارم، لتنازع على وجعفر فى ابنة حمزة ، ولم ينكره ﷺ (بعصش) لاحق لمن عدا الأب وأباه كنى المال . قلنـا : الحضانة مبنية على الحنو وهو حاصل فيهم (ط) ، فتقدم عصبة محرم ثم ذو رحم محرم ثم الأولى بالذكر عصبة غير محرم ، لأن رجاءهم لمنفعته أكثر من رجاء ذوى أرحامه ،فهم به أشفق. ثم ذو رحم كذلك ولا يرجع الحاضن بما أنفق من غير اذن ولى المال، اذ لا ولاية له على المال . «مسألة» (م ه

ابن الحداد) فإن امتنعت الأم بطل حق أمهاتها كبقية الأولياء مع عضل الأقرب (هب م) لنفسه (ابن الصباغ الطبرى) ، بل الى أمها كاو ماتت أو جنت أو نحوهما من العوارض . «مسألة» (ى ابن سريج الاصطخرى) وأم الأب أقدم منه ، اذ حضانة النساء أرفق ، وكذا الأخت لأم قلنا : ولاية الأب أقوى ، ولادليل على من عدا أم الصبى وأمهاتها (ح) لاحق للأب الا مع انقطاع النساء . لنا ما مر « مسألة » ولا حق لمن عدا الأب من الرجال مع وجود أحد من النساء ولو فى درجتهن قر با . قلت : والمزوجات مع عدم الفارغات أقدم من الرجال اذ هن أعرف بالتربية وأرفق (ى) فإن تساوى أهل درجة فالقرعة . قلت : القرعة غير معمول بها عندنا ، فتقسم الحضانة مهايأة . (فرع) والأخت لأب أولى من الخنثى لأبوين فى الأصح ، لاحتمال الذكورة (فرع) (قش) ولا حق لذوى الأرحام فى الحضانة إذ لاميراث ، لنا ما مر . «مسألة» واذا غاب الاولى فمن يليه من الحاضرين حتى يحضر الأولى لئلا يضيع الصبى .

كتاب البيع

هو إخراج عن الملك بعوض والشراء ادخالها ، وقد يعكس مجازا . قال الله تعالى (وشروه بثمن بخس) أى باعوه . وقوله ﷺ « لايبيعن أحدكم على بيعة أخيه » ونحوه . أى لايشترى. وفى الشرع : ايجاب وقبول بشروط مخصوصة تقريبا ، والأصل فيه من الكتاب (وأحل الله البيع) ونحوها . ومن السنة « فعله ﷺ » وقوله « فبيعوا كيف شئتم » والإجماع ظاهر ،

كتاب البيع

(قوله) « لا يبيعن أحدكم على بيعة أخيه » ونحوه ، لفظه عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « لا يبع الرجل على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر » رواه النسائى وللباقين نحوه . وله شواهد كثيرة .

(قوله) « ومن السنة فعله ﷺ » ستأتى أحاديث تتضمن ذلك ، كحديث بيعه ﷺ الحلس والقدح ، وحديث شراء الفرس من الأعرابى ، وحديث بيع العبد أو الأمة من العداء ابن خالد ، وشرائهما منه على اختلاف الرواية ، وغير ذلك .

(قوله) « فبيعوا كيف شئتم » سيأتى .

وقد اشترى علي عليه السلام نخيلا في ينبع بأفواهها ، واتجر (٢) في الأدم والجلود و (١) في البز والعباس في العطر

فصل في الثمن والمبيع

« مسألة » الثمن مالا يبطل العقد بتلفه ويصح إبداله قبل القبض وهو المتصل بالباء في الغالب « مسألة » والنقدان الثابتان في الذمة ثمن إجماعاً ، إذ هما الأصل في تقدير القيم والأروش (ع ط ه حص) وكذا الموجود المعين فيصح إبداله، ولا يبطل العقد بتلفه (ن م ى شص) بل يتعين إن عين كتعينه، إذا قابله جنسه لقوله ﷺ « لا تبيعوا الذهب » الخبر . ولتعينهما غصبا وشركة ورهنا ووديعة . قلنا : ثبوته في الذمة، وصحة العقد عليه غير معين يقتضى أنه لا يتعين في البيع خاصة ، وإلا كان كالعروض . قلت : والروايات خصها الخبر وبقي ما عدا البيع على القياس . وقول الفراء في تفسير (وشروه بثمن بخس) الثمن مايثبت في الذمة . يقتضى عدم تعينه إذ لو تعين لم يثبت فيها، فلا يكون ثمنا. قلت: وهذا الاحتجاج ضعيف، إذ يلزم لأجله أن لا يتعين المثلي غير النقد. فالأولى الاحتجاج بالأجماع على جواز التصرف فيه قبل قبضه وأن البيع لا يبطل بتلفه وإن عين فيهما، وإن فسد عند (م) فاقتضى أنه لا يتعين ، وإلا كان كالقيمي والمثلي في ذلك (فرع) وفي السبائك ونحوها وجهان : لا تتعين كالنقد لتقديرها بالوزن كالنقد في العدد ، وتتعين كالعرض وهو الأصح، إذ النقود أثمان لا المصوغات فتشبه العروض (فرع) ويثبت النقد في الذمة لخبر (عم) والمثلي غير النقد يثبت في الذمة لانضباطه ويتعين إن عين ، إذ تفاوته أبلغ من تفاوت النقد (فرع) وإذا عين النقد فله أحكام الثمن عندنا ، والمبيع عندهم ، الا ماذكرناه آنفا « مسألة » (الغزالي) وفيما يتميز به الثمن وجوه: أحدها أن لاثمن الا النقدان . الثاني ما اتصل

(قوله) « وقد اشترى على عليه السلام نخيلا في ينبع بأفواهها » الخ . المراد بأفواهها نصيبها من الماء . هكذا قيل . وروى عن أبي بكر أنه كان بزازاً يبيع البز . وروى عن عمر بن الخطاب أنه كان يبيع الأدم والحنطة والأقط . وكان العباس بن عبد المطلب يبيع العطر . والله أعلم .

(قوله) « لا تبيعوا الذهب بالذهب » الخبر . سيأتي .

(قوله) « لخبر ابن عمر » عن ابن عمر قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ مكانها الورق، وأبيع بالورق فآخذ مكانها الدنانير ، فأتيت رسول الله ﷺ فوجدته في بيت حفصة ، فسألته عن ذلك ، فقال : لا بأس بالقيمة » هذه رواية الترمذي، وسيأتي غيرها .

بالباء . الثالث النقدان ومن غيرها ما اتصل بالباء . والأصح أنه النقدان ومالم يتعين من المثلى ولا قابله نقد ، والمبيع هو القيمى والمسلم فيه مطلقا ومن المثلى ما عين أو قوبل بالنقد .

فصل

والمبيع يتعين فلا يصح معدوما لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عنده إلا فى السلم، لترخيصه ﷺ ، ولضبطه بالوصف و إلا فى ذمة مشتريه، إذ هو كالمقبوض ، ولا يتصرف فيه قبل قبضه « لنهيه ﷺ عن بيع مالم يقبض» و يبطل البيع بتلفه واستحقاقه، و يفسخ بعيبه، ولا يبدل اذ يصير بيع ماليس عنده والثمن عكسه فى ذلك كما مر

فصل

وشروط البيع الصحيح تسعة :

﴿ الأول ﴾ التمييز ، فلا يصح من غير مميز إجماعا ، لقوله ﷺ « رفع القلم » « مسألة » (ه حص) و يصح من المميز المأذون و إن لم يبلغ ، لمعرفته النفع والضر كالعاقل (ش) لا ، لقوله ﷺ « حتى يبلغ » قلنا مخصوص بقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) والابتلاء بالتصرف . قلت : وفيه نظر . و يصح من المجنون بعد إفاقته إجماعا (ه ق) ومن السكران (ق ن ش فو عح) وهو الذى ذهب حياؤه ورزانته وخلط فى كلامه (ى) أراد (ه) و (ق) من لم يذهب عقله لقولهما: إذا كان يعقلهما و (عح) إذا كان لايفرق بين الأرض والسماء ، والرجل والمرأة . قلت : وقد ذكر تحقيقه فى موضع آخر « مسألة » (ه قين) وتصح عقود الأخرس بالإشارة إلا فيما يفتقر إلى

(قوله) « لنهيه ﷺ عن بيع ماليس عنده » عن حكيم بن حزام قال : « قلت يارسول الله إن الرجل ليأتينى فيريد منى البيع وليس عندى ما يطلب ، فأبيع منه ثم أبتاعه من السوق ، قال: لا تبع ماليس عندك أخرجه الترمذى وأبو داود والنسائى .

(قوله) « إلا فى السلم لترخيصه ﷺ » سيأتى .

(قوله) « لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض » فى رواية النسائى عن حكيم المذكور قال : ابتعت طعاما من طعام الصدقة فربحت فيه قبل أن أقبضه ، فأتيت رسول الله ﷺ فذكرت له ذلك فقال لا تبعه حتى تقبضه » وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « رفع القلم » تكرر .

لفظ مخصوص كالشهادة ، لفعله ﷺ فى تعريف عدد أيام الشهور أنها ثلاثون أو تسعة وعشرون ولأنها كالكناية . وكذا المعتقل عندنا و (ش) لتعذر النطق كالأخرس (الحنفية) لا ، لرجوّ زواله (الطحاوى) يمهل كالعنين ثم يعمل بإشارته .

﴿ الثاني ﴾ الاختيار لقوله ﷺ « إنما البيع ما كان عن تراض » ونحوه ، إلا أن يكرهه حاكم اذ هو محق « مسألة » (يه م قين) و يصح بيع المضطر ولو غبن فاحشا ، ومنه المصادر ، إذ ليس بمكره على نفس البيع ، بل على غيره (ن ص قاضى القضاة) هو فى حكم المكره لما ألجىء إليه (ى) إن لم يجد سواه وغبن فاحشا فهو كالمكره ، و إلا فلا . قلت : إن باعه إلى المصادر فمكره قطعا ، و إلا فلا ، كمن باع ليشترى دواء ، أو لينكح من افتتن بها أو نحوهما قالوا : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر » . قلنا : يعنى المكره على البيع ، إذ ليس على عمومه ، و إلا لزم فيمن حبس ليقضى دينه أن لا يصح بيعه

﴿ الثالث ﴾ الملك أو الولاية (ه قين) فلا يصح تصرف العبد إلا بإذن مالكه ، لملكه منافعه (فرع) (ه حص ش) ولا يملك لقوله تعالى (لا يقدر على شيء) (ى قش) يملك إذ هو آدمى مكلف حامل للأمانة كالحر . قلنا : علة الأصل الحرية « مسألة » (يه حص) و يصح من الأعمى كما كان يفعل (ع) و (عم وابن أم مكتوم) ولم ينكر . ولصحة توكيله فيه ، وكالنكاح والتسليم (ث) لا . مطلقا لجهله لما عقد عليه ، وقد نهى ﷺ عن بيع الغرر (شص) كذلك فى الأكمه ، لا من طرأ عليه ، فيصح فيما قد رآه لا فيما يتسارع فساده كالفاكهة الرطبة قلنا : يكفى فى رفع الجهالة جس ما يجس ووصف غيره .

(قوله) «أو تسعة وعشرون» هذا لا يصلح دليلا ، لأن الكلام إنما هو فى اشارة الأخرس والأولى الاستدلال بخبر المرأة التى رضخ اليهودى رأسها . وحديث أمامة بنت أبي العاص وقد تقدما .

(قوله) « إنما البيع ما كان عن تراض » حكاه فى الشفاء . ونحو قوله تعالى (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض) الآية .

(قوله) «عن بيع المضطر» عن شيخ من بنى تميم قال « خطبنا على بن أبى طالب ، أو قال : قال على : سيأتى على الناس زمان عضوض ، يعض الموسر على ما فى يده ويبايع المضطرون ، ولم تؤمروا بذلك ، قال الله تعالى : (ولا تنسوا الفضل بينكم) ، وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع المضطر ، وعن بيع الغرر ، وعن بيع الثمرة قبل أن تدرك » أخرجه أبو داود .

﴿ الرابع ﴾ وجود المبيع فى الملك لما سيأتى ولنهيه ﷺ عن بيع الغرر وهذا منه (ى) ومعنى الغرر التردد فى وجوده . قلنا : أو إمكان قبضه كالطير فى الهواء ، وما فى الذمة فكالموجود فيصح . إلا ثمن الصرف والسلم إجماعا ، لعدم استقراره حتى يقبض (ه قش) ولا يصح إلى غير من هو عليه ، لنهيه ﷺ عن بيع ما لم يقبض (قش) يصح كإلى من هو عليه . قلنا : هو كالقابض بخلاف غيره .

﴿ الخامس ﴾ كون المبيع ليس بموقوف أو نحوه .

﴿ السادس ﴾ صحة تملكه والثمن لقوله ﷺ : « ثلاثة لا يقبل الله منهم صرفا ولا عدلا » الخبر

﴿ السابع ﴾ تعريه عن المفسدات التى نهى عنهـا ، وستأتى (فرع) (ى) ومطلق النهى يقتضى الفساد إلا لقرينة . قلت : وقد مر الخلاف فى ذلك (ى) وما نهى عنه لاقتضائه خللا فى العقد أو المال أفسد ، كبيع الملاقيح والملامسة و بيع وشرط إلا شرط الخيار . وأن ينتفع به المشترى والتأجيل والوثيقة برهن أو ضمين أو على أن يأكل أو نحو ذلك « مسـألة » وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام المشترى قبل قبضه فيفسد (البتى) لا . لنا نهيه ﷺ . وفى غير الطعام خلاف سيأتى . ونهى رسول الله ﷺ عن بيع الغرر كالطير فى الهواء ، والحوت فى الماء ، والمقيد بشرط مستقبل ونحوه . وعن بيع الملامسة وهى بيع ما لم يره بل يلمسه مع عدم

(قوله) « ثلاثة لا يقبل الله منهم صرفاً ولاعدلا » الخبر. لفظه فى الجامع ، عن أبى هريرة قال : قال رسـول الله ﷺ حاكياً عن الله تعالى « ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة : رجل أعطى بى ثم غدر ، ورجل باع حراً ثم أكل ثمنه، ورجل استأجر أجيراً فاستوفى منه العمل ولم يوفه أجره » أخرجه البخارى .

(قوله) « وقد نهى رسول الله ﷺ عن بيع الطعام المشترى قبل قبضه » تقدم شىء من ذلك ، وفى إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا الترمذى . عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : « من اشترى طعاما فلا يبعه حتى يستوفيه » .

(قوله) « ونهى عن بيع الغرر » عن أبى هريرة « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الغرر ، وعن بيع الحصاة » أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى .

(قوله) « وعن بيع الملامسـة » . عن أبى هريرة « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة » وفى رواية « نهى عن بيعتى الملامسة والمنابذة . أما الملامسة فأن يلمس كل واحد منهما ثوب صاحبه بغير تأمل . والمنابذة أن ينبذ كل واحد منهما ثوبه إلى الآخر ولم ينظر أحدهما إلى ثوب صاحبه » أخرجه البخارى ومسلم وغيرهما .

الخيار ، للجهالة ، أو على أنه متى لمسه نفذ البيع ولا خيار ، أو إلقاء الثوب على المبيع ثم يلمسه أمارة للعقد ولا لفظ . وعن بيع المنابذة للجهالة ، وهو قول القائل : ما نبذته إليك فقد بعته منك ، أو مانبذته إليك فلا خيار لك فيه ، أو ينبذ إليه أثوابا أو نحوها ليختار أيها فما اختاره نفذ البيع فيه . وعن بيع الحصاة وهو أن يقول : أى ثوب نبذته بالحصاة فقد بعته منك ، أو فقد انقطع خيارك ، أو بعتك من هـذه الأرض من هاهنا إلى حيث تنتهى إليه الحصاة . وعن بيع حبل الحبلة (عم) وهو شراء الفحل حتى تنتج الناقة (ابوعبيدة) بل بيع نتاج النتاج . فيسفد للجهالة أو لكونه بيع معدوم . وعن بيعتين فى بيعة ، وشرطين فى بيعة (زح) وهو بيع سلعة بكذا نقداً أو بكذا نسيئة (ع) بل بشرط ان لايبيع المشترى السلعة ولا يهبها. وقيل: بل بشرط أن يبيعه بالثمن شيئا آخر. وعن سلف وبيع ، وهو بيع المسلم فيه قبل قبضه أو مسألة العينة أو الكالىء بالكالىء . قلت : أو بعتك هذا على أن تقرضنى كذا كما سيأتى . وعن بيع المضامين ، وهو الحمل أو ماء الفحل ، إذ كانوا يبيعون مافى بطن الناقة ومايضرب به الفحل فى عام أو أعوام. وعن بيع الملاقيح وهى المضامين . وعن بيع المجر . وهى المضامين . وقد يطلق على المحاقلة والمزابنة والربا والقمار . وعن المزابنة وهى بيع الرطب قبل جذه بخرصه تمراً ، لقوله ﷺ

(قوله) «وعن بيع الحصاة» تقدم .

(قوله) «وعن بيع حبل الحبلة» عن ابن شهاب أن سعيد بن المسيب كان يقول : لا ربا فى الحيوان «فان رسول الله ﷺ نهى فى بيع الحيوان عن ثلاث : المضامين والملاقيح وحبل الحبلة . فالمضامين مافى بطون إناث الابل . والملاقيح مافى ظهور الجمال . وحبل الحبلة هو بيع الجزور إلى أن تنتج الناقة ثم تنتج الذى فى بطنها» أخرجه الموطأ .

(قوله) «وعن بيعتين فى بيعة» أخرجه الترمذى والنسائى من رواية أبى هريرة .

(قوله) «وعن سلف وبيع» عن ابن عمرو بن العاص قال : قال رسول الله ﷺ : «لا يحل سلف وبيع ، ولا شرطان فى بيع ، ولا ربح مالم يضمن ، ولا بيع ماليس عندك» أخرجه الترمذى وأبو داود والنسائى .

(قوله) «وعن بيع المضامين وقوله وعن بيع الملاقيح» تقدما .

(قوله) «وعن بيع المجر» قيل : المجر بفتح الميم وسكون الجيم هى المضامين .

(قوله) «وعن بيع المزابنة» عن زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع المحاقلة والمزابنة ، إلا أنه أذن لأهل العرايا أن يبيعوا بمثل خرصها» هذه رواية الترمذى .

« فلا إذن» ورخص في العرايا كما سيأتي. وعن المحاقلة وهي بيع الحب في سنبله بحب مثله، ويجوز مالم يظهر الحب بالحب . كالحشيش . أو كان التبن قيمة وغلب الحب، و بالدراهم مطلقا كالعروض. وعن ربح مالم يضمن أي يملك احترازاً من الغصب فلا يطيب ربحه عندنا، أو أراد ما لم يقبض. فلا يطيب ربح المبيع قبل قبضه . قلت : وفي تسمية الملك والقبض ضماناً تجوز (م) بل يطيب ربح الغصب لقوله ﷺ «الخراج بالضمان» لا المسروق، إذ لا يجتمع قطع وضمان كحد ومهر (هـ) بل يملك ربح الغصب الخبير، و يتصدق به إذ ملكه من وجه محظور (ى) وقول (م) أرجح لظاهر الخبر ونهى رسول الله عن بيع العربون ، وهو دفع الشيء إلى البائع على أنه إن تم البيع فمن الثمن ، وإلا فهبة . و يقال : عربان ، بفتح العين وضمها ، وأربان وأربون (هب قين) ولا ينعقد (مد) ينعقد قلنا : النهي يقتضي الفساد ، إذ شرط شيئاً للبائع بغير عوض فلا يصح ، كشرط الأجنبي . ونهى ﷺ عن بيع التجلية ، وهو إظهار العقد بثمن ثم يعقدان بدونه (ى طب ش) ويصح

وعن أبي سعيد قال : « نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة والمزابنة أن يشترى التمر بالتمر في رؤوس النخل. والمحاقلة كراء الأرض» هذه رواية البخاري ومسلم. وعن ابن عباس قال: « نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة » أخرجه البخاري . وعن جابر قال « نهى النبي ﷺ عن المحاقلة والمزابنة والمعاومة والمخابرة. قال: بيع السنين هي المعاومة ، وعن الثنيا ورخص في العرايا » هذه إحدى روايات مسلم » وعن أنس رضي الله عنه « نهى رسول الله ﷺ عن المحاقلة والمخابرة والملامسة والمنابذة » أخرجه البخاري . وعن ابن المسيب « أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة . والمزابنة اشتراء التمر بالتمر. والمحاقلة اشتراء الزرع بالقمح واستكراء الأرض بالقمح » هذا طرف من حديث أخرجه مسلم وغيره .

(قوله) « وعن ربح ما لم يضمن » تقدم .

(قوله) « الخراج بالضمان » سيأتي .

(قوله) « ونهى عن بيع العربون » ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : « نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربون » أخرجه الموطأ وأبو داود . وحكى في الشفاء عن النبي ﷺ « أنه نهى عن بيع المحاقلة ، والمزابنة ، والثنيا » وعن بيع المواصفة ، وعن تلقي الركبان وعن الكالىء بالكالىء ، وعن بيع العربان ، وعن النجش ، وعن عسب الفحل » انتهى .

(قوله) « ونهى ﷺ عن التجلية » بالتاء الفوقانية والجيم ولم أقف على ذكرها في شيء من كتب الحديث والله أعلم .

العقد الثاني إذ الأول كالتواطؤ فلايضر ، كتواطئهما على شرط فاسد ، ثم عقدا صحيحاً (ح وف) القياس يبطله ، إذيصيران كالهازلين بالعقد ، و يصح استحساناً ، إذ العقد الأول كالتواطؤ . قلت: بل يصح الأول ، إذ هزله جد ، والثاني كالحط من الثمن الأول . وعن بيع الثنيا . وهو أن يبيع أشياء و يستثني واحدا لا بعينه فيفسد للجهالة ، فإن عين المستثنى صح ، لقوله ﷺ « فله ثنياه » وعن المعاومة: وهو بيع ثمر نخلة سنين معلومة ، فيفسد إذ هو بيع معدوم . وعن بيع النجش : وهو أن يساوم المشتري بثمن ليرفع ثمن السلعة لا ليشتري ، فيغر المشتري (هب) ولا يفسد (ك) يفسد لأجل النهي ، إذ حصل به الغرر . قلنا : ليس النهي لأمر يرجع إلى العقد ، ولا إلى البيع ، بل إلى أمر خارج. ولا خيار للمشتري هنا إلا حيث حصلت مواطأة من البائع على النجش ، فيكون مدلساً ، فيخير المشتري للغرر . وعن السوم على السوم ، والبيع على البيع بعد التراضي ، لقوله ﷺ « لا يبيعن أحدكم على بيعة أخيه » الخبر . ولا إفساد هنا في الأصح إذ لا غرر . وعن تلقي الجلوبة لقوله

(قوله) « وعن بيع الثنيا » تقدم. وفي التلخيص مالفظه : مسلم من حديث جابر « نهى عن بيع الثنيا » زاد الترمذي والنسائي وابن حبان في صحيحه « إلا أن يعلم » انتهى .

(قوله) « فله ثنياه » روي عن النبي ﷺ أنه قال « من استثنى فله ثنياه » والله أعلم .

(قوله) « وعن المعاومة » تقدم .

(قوله) « وعن النجش » بفتح النون وسكون الجيم وآخره شين معجمة. عن ابن عمر قال: « نهى رسول الله ﷺ عن النجش » أخرجه البخاري ومسلم والموطأ والنسائي . وزاد الموطأ والنجش أن تعطيه بسلعته أكثر من ثمنها وليس في نفسك اشتراؤها فيقتدي بك غيرك » . وعن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال « لا تناجشوا » هذا لفظ أبي داود والترمذي، وهو طرف من حديث أخرجه البخاري ومسلم ، ولفظه « نهى النبي ﷺ أن يبيع حاضر لباد ولا تناجشوا ولا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، ولا تسأل المرأة طلاق أختها لتكفأ ما في إنائها» وفي رواية «ولا يزيدن على بيع أخيه» وفي رواية «ولا يسم الرجل على سوم أخيه» .

(قوله) « وعن السوم » الخ . تقدم قريباً .

(قوله) « وتلقي الجلوبة » الخ . عن أبي هريرة قال: « نهى رسول الله ﷺ أن يتلقى الجلب فمن تلقى فاشتراه منه فاذا أتى سيده السوق فهو بالخيار » أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود . وعن ابن عمر قال « نهى رسول الله ﷺ عن تلقي البيوع » هذه رواية مسلم، وفي رواية له وللبخاري قال: قال رسول الله ﷺ « لا تلقوا السلع حتى يهبط بها إلى الاسواق » وعند أبي داود « لا يبع بعضكم على بيع بعض، ولا تلقوا السلع » الحديث وعند النسائي الجلب بدل السلع، وفي ذلك أحاديث اخر .

ﷺ « لا تلقوا السلعة حتى تهبط الأسواق » ولا يفسد بل يقتضى خيار الغرر إن غر . وكذا بيع الجلب والجنب . قيل : فان تلقى فى المصر جاز اتفاقا وخارجه لا يجوز ، ولو بريداً ، ولا فرق بين السلع والمواشى . ونهى عن بيع الحاضر للبادى ، ولا يفسد إجماعا . إذ لم يكن النهى لأجل خلل فى العقد ولا فى المال (هـ) ولا يكره كتوكيله إلا لأضرار (م) يكره للنهى (ش) بل يحرم وإن صح العقد للنهى . قلنا : لا نهي إلا حيث ثم إضرار (فرع) وإنما يكره حيث يطلبه الحاضر ويجلبه البادى ليبيعه فى الحال ، وفى تولى الحاضر له إضرار بأهل البلدة لحاجتهم وصغرها ، لا لو طلبه البادى أو أهداه ، أو أراد التربص لدلالة أخبار النهى على اعتبار ذلك . وعن المعاطاة وهى المعاوضة لا بإيجاب وقبول ، وليست بيعا عندنا لعدم اللفظين (ك) ماعده الناس بيعا فبيع . قلنا : لا بيع إلا بلفظين للخبر .

﴿ الثامن ﴾ العقد ، وهو إيجاب وقبول ، لنهيه ﷺ عن بيع الجاهلية : كالمنابذة والحصاة (ى) ولفظ البيع منقول بالشرع : كالصلاة والزكاة ، إذ بيع الميتة والدم : لغوى لا شرعى « مسألة » وينعقد بالماضيين المضافين إلى النفس إجماعا لا المستقبلين المحضين أو أحدهما إجماعا (يه حص ك) ولا بأمر وماض ، إذ البيع فى الشرع هو الخبر الدال على الإنشاء (ن ى ش) يحصل به معنى الإيجاب فانعقد به ، كالنكاح . قلنا : خص النكاح الخبر ، ولعدم كثرة المماكسة فيه . قلت : ويلزم لو قال : أبيع منك ، وقصد الإنشاء ، فقال : اشتريت . ولا قائل به (فرع)

(قوله) « ونهى عن بيع الحاضر للبادى » عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « لا يبيع حاضر لبادى ، ودعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض » أخرجه مسلم والترمذى وأبو داود والنسائى . وعن ابن عمر قال : « نهى رسول الله ﷺ أن يبيع حاضر لباد » أخرجه البخارى . وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « وعن المعاطاة » لم يرد لفظة المعاطاة فى الحديث ، لكن قد تضمن النهى عنها ماتقدم ذكره من النهي عن المنابذة والملامسة ولعل ذلك المراد بقوله : للخبر . والله أعلم .

الثامن العقد

(قوله) « خص النكاح » الخبر . يعنى ما تقدم فى حديث الواهبة نفسها حيث قال ﷺ للذى زوجه إياها « قد زوجتكها » وفى رواية « ملكتكها » ولم يأمره بالقبول .

ولا بد من تواليهما ، فلا يتخللهما إضراب أو رجوع ، فإن سكت يسيراً ثم قبل انعقد فى الأصح ، إذ ليس بإعراض . فإن مات القابل بعد الايجاب ، ووارثه فى المجلس لم يرث القبول، إذ الإيجاب ليس إيجابا له ، كلو أوجب لزيد فقبل عمرو (فرع) (هب ن) وينعقد بكل لفظ يقتضى التمليك عرفا (م) فلو قال : دفعت إليك هذا بعمرك ، كان بيعاً إن قبلت . وكذا : دفعت إليك هذا بهذا (ي) وينعقد : بخذ هذا بهذا . أو : أعطيتك هذا بهذا . أو بأخذت ، أو فعلت ، مكان قبلت لإفادة الملك (م) لا جعلت لك هذا بهذا ، إذ هو صريح نذر وكناية وقف لا غير (ط) بل يفيد الملك ، إذ هو فى معنى : خذ هذا بهذا (فرع) (ى) وفى الكتابة وجهان : ينعقد بها ، كالنكاح ولا ، كالإيماء مع إمكان النطق ، وهو المختار . ويصح بالفارسية ، إذ هي نطق مفهم كالعربية (فرع) ونكره اليمين عند المبايعة ، لقوله ﷺ « اليمين تنفق السلعة و تمحو البركة » ونحوه « مسألة » (يه حص ك لش)و ينتقل الملك بالعقد (لش)لاحق يبطل خيار المجلس(لش)به ينتقل إن تفاسخا فى المجلس،و إلا انكشف أنه ملك به قلنا: مبني على خيار المجلس وسنبطله. ثم قوله ﷺ « من باع عبداً وله مال » الخبر ونحوه يقتضى الملك بالعقد « مسألة »(ى)والاصطناع عدة لا عقد لازم عندنا، وهو اصنع لى كذا بكذا، أو نحوه ، وهو جائز لعمل المسلمين به . فان قال : بع منى قوساً بكذا لم يصح (ش) إلا أن تجتمع فيه شروط السلم (ن)لا. قلنا : بناء على منعه السلم فى غير المكيل والموزون(ح)يصح الاصطناع مطلقاً، ويخير المصطنع عند حصول المعمول فيه (فو) إن ذكر الأجل فسلم، و إلا فاصطناع (ك) إن ضرب أجلا فاصطناع ، و إلا لم يصح ولم يخير (عف) إن جاء به الصانع لزم قبوله، إذ فى رده إضرار بصاحبه ، لنسجه الغزل أو تقطيعه الجلد أو نحوه . قلنا:لا عقد يقتضى اللزوم « مسألة » والمحقر

(قوله) « تنفق السلعة وتمحق البركة » ونحوه . عن أبى قتادة أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: « إياكم وكثرة الحلف فى البيع فانه ينفق ثم يمحق » أخرجه مسلم والنسائى. وعن أبى هريرة قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول « الحلف منفقة للسلعة ممحقة للكسب »هذه رواية البخارى ومسلم . وعند أبى داود « ممحقة للبركة » .

(قوله) « من باع عبداً وله مال فماله للبائع إلا أن يشترط المبتاع » أخرجه أبو داود . وقد أخرجه هو وغيره من رواية ابن عمر . وقد روى موقوفاً على عمر والله أعلم .

(قوله) « ونحوه » روى عن النبى ﷺ أنه قال « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » هكذا روى فى هذا الموضع، وسيأتى والله أعلم .

كأجرة الحمام والحجام ، والسقاء في السوق ، وقيمة لحم القصاب ونحوه من الفوا كه مما يباع في الخانات من المأكولات ، وقيمة القلانس والكرابيس ، والوقايا والخمر ، وخرز الزجاج والقوارير ، وأوعية الفخار ، وقدر بما قيمته قدر قيراط المثقال «مسألة» ولا ينتقل الملك بالمعاطاة في غير المحقر (ه حص ابن سريج) وتكفي في ملك المحقر (ش) وأكثر (صش) لا . كغيره . قلنا : اعتاده المسلمون ، فلم ينقل عن السلف التلافظ في شيء منه سوى خذ زن ، هات ونحوها ، وما استحسنه المسلمون فحسن . ولقوله ﷺ في القعب والحلس لمن قال : هما علي بدرهمين « خذ » ولم يلافظ ، وكالهدايا . (فرع) ويملك بقبضه كالهدية ، ولا خيار فيه لحقارته .

﴿ التاسع ﴾ كون الثمن والمبيع معلومين ، لنهيه ﷺ عن بيع الغرر « مسألة » فلو قال : بعت هذا بدينار إلا درهماً ، صح ، حيث صرف الدينار معلوم ، وإلا فلا . وكذا بألف درهم صرف عشرين درهما بدينار « مسألة » (ى) ولو باع بنقد ثم حرم السلطان التعامل به قبل قبضه ، فوجهان : يلزم ذلك النقد ، إذ عقدا عليه . الثاني : تلزم قيمته إذ صار لكساده كالعروض . ولو قال : بنصفي دينار سلم ديناراً ، إذ هما عبارة عنه ، بخلاف نصف وثلث وسدس ، فليس عبارة عن الكل «مسألة» (ى) ويصح التعامل بالمغشوش ، حيث لا قدر للغش . كالمزبخ والمنور ، إذ الغش مستهلك . وفيما له قدر وجهان : لا يصح للجهالة ، ويصح لقول (عم) «من زافت دراهمه» إلى آخره . ولاعتياد المسلمين ذلك للحاجة «مسألة» ولو قال بعتكما هذا بكذا فقبلا فنصفان (ى) فإن قبل أحدهما ، صح نصفه بنصف الثمن . ولو قال : بألف ذهباً وفضة لم يصح للجهالة . (ح) يصح وينصف .

(قوله) « في القعب والحلس » تقدم ذلك في كتاب الزكاة في النهي عن السؤال .

(قوله) « لقول عم » الخ . روى عن عمر أنه قال « من زافت دراهمه فليأت السوق بها وليقل من يبيعني بها سحق عمامة أو ثوب أو شيئاً من الأعيان التي يحتاج اليها ، ولا يخالف الناس في أنها جياد ماضية » هكذا حكي عن عمر لا عن ابنه والله أعلم

باب فيمن تحرم معاملته وتجوز

فصل

لا تجوز معاملة من ماله حرام، كالبغي والكاهن. فان كان الأكثر حلالا، جاز. لرهنه ﷺ من اليهود فى شعير، مع تصرفهم فى الخمر والربا «مسألة» وتجوز معاملة الظالم بيعاً وشراء فيما لم يظن تحريمه، وتكره لقوله ﷺ «ومن اتقى الشبهات». الخبر ونحوه. وقيل: لاتجوز مع اللبس، إلا حيث أكثر ما عنده حلال. وقيل: يعمل بقوله: إنه حلال. قلنا: الأصل الإباحة فيرجع إليها مع اللبس، لكن يكره لإيناسهم «مسألة» وما أصله الحظر: كذكى فى أرض كفر، أو مستو فيه الكفر والإسلام، فحرام. وما أصله الإباحة، كماء التبس بغيره فمباح، ومالا أصل له فيهما، كمعاملة من أكثر ماله حرام فمكروه لما مر «مسألة» (هـ) و يكره بيع العنب والعصير ممن يخمره (م) أراد مع الشك، و يحرم العلم للمعاونة على المعصية. وقوله ﷺ «لعن الله بائعها» الخبر وكذا بيع الخشب للمزامير ونحوها. والسلاح ممن يعصى به. فإن ظن فوجهان: يحرم كلو علم. و يكره لتجويز خلافه. فإن فعل لم يفسد، إذ النهى لا يقتضى الجهالة. قلت: وظاهر المذهب الجواز وإن كره (فرع) (ى) فإن باع العنب على أن يتخذه خمراً، لم ينعقد البيع. إذ الخمر لا يتموله المسلمون. قلت: بل لمكان الشرط. «مسألة» ولا يباع مصحف ولا كتاب حديث من كافر.

باب فيمن تحرم معاملته وتجوز

(قوله) «لرهنه ﷺ من اليهود» سيأتى فى الرهن إن شاء الله تعالى
(قوله) «من اتقى الشبهات» الخبر ونحوه. تقدم جميع ذلك.
(قوله) «لعن الله بائعها» الخبر. لفظه عن ابن عمر: قال قال رسول الله ﷺ «لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها وعاصرها ومعتصرها وحاملها والمحمولة له» أخرجه أبو داود. وعن أنس قال «لعن رسول الله ﷺ فى الخمر عشرة: عاصرها ومعتصرها وشاربها وساقيها وحاملها والمحمولة إليه وبائعها ومبتاعها وواهبها وآكل ثمنها» أخرجه الترمذى.

إذ لا يرعى حرمته (الاسفرايينى) إلا كتب الحنفية لعدم السنة فيها.قلت : وهو بهت (ن م قش) ولا العبد المسلم من كافر ، لقوله تعالى (ولن يجعل الله) الآية (ع ط ص ح قش) و يصح إن فعل «مسألة» (ه) وتجوز مبايعة الكافر ، لابيع آلة حرب منه . قيل : ويجوز ممن لا يضر المسلمين به كالهند ، وأما مع الضرر فلالكن ينعقد لما مر (ى) ولايكره صناعة آلة الحرب،و إن صارت إلى الفسق ، إذ الأعانة هى النية والتمكين ، ولم يجتمعا «مسألة» (ق)و إذا التبس حال القصاب فى الجبر والتشبيه ، فالحكم للدار (هق م) فى الهوسميات و أكثر المعتزلة وهما كفر (ى أبو الحسين م فى الزيادات) لاوالحجج فى مواضعها « مسألة » (ه حص) و إذا استولى الحربيون على دار الإسلام واحتووها ، لم تصر دار حرب ، إلا حيث تاخمت دارهم ، والمتاخمة أن لا يتوسط بينها و بين دارهم دار إسلام إذ يكونون مع ذلك على زوال منها (المعتزلة) بل دار حرب لاستيلائهم عليها ، والحجج ستأتى .

فصل

(ه قين) و يصح بيع الأب مال طفله لمصلحة، للولاية الثابتة له (فو) لا ولاية له على المال ،بل للامام أو الحاكم ، إذ هو كغيره من الأقارب فى التهمة . قلنا: لا نسلم ، إذ للأب من الحنو ما يستدعى تحرى المصلحة أبلغ من الحاكم « مسألة » (ه شص) فان ظهر عدم المنفعة لم ينفذ بيعه ، إذ علة ولايته تحريها (ح) بل ينفذ مطلقاً ما لم يكن بغبن فاحش،إذ ولايته من قبل الله تعالى. قلنا: ثبتت لتحريه المصلحة . وقد بطل « مسألة » (ق م حص) ووصى الأب بعده أولى من الجد ، لقيامه مقام الأب كوكيله (شص) بل الجد أولى ، إذ ولايته أصلية، لا الوصى . قلنا : بعد الأب إجماعا والوصى قائم مقامه « مسألة » ثم الجد إجماعا ، إذ هو أب لما مر . لا غيره من الأقارب إجماعا . ثم وصى الجد لقيامه مقامه كالوكيل ، وهما أولى من وصى وصى الأب لبعده (فرع) (ه) والقول للولى فى مصلحة الشراء (ح ش) بل القول للصغير إذا بلغ ، إذ الأصل عدمها . قلنا : أمناء فالقول قولهم (فرع)(ه)وأما البيع فالقول للصغير ، إذ الظاهر عدم الصلاح (م ى) أمناء . فالقول قولهم (ط) للأب فقط ، لظهور حنوه . قلت : الصحيح للمذهب أن القول لهم فى بيع المنقول لا غير ، إذ الظاهر عدم المصلحة فى بيع غيره ، فيكون كظهور التفريط . والقول لهم فى الانفاق والتسليم اتفاقا « مسألة » (يه فر) وليس للولى الشراء من نفسه لنفسه . إذ لا بد من إيجاب

وقبول من جهتين ، لاستلزامه أن يكون مسلماً متسلماً ضامناً للدرك مضموناً له (ش) يجوز للولاية (ح ك) للأب ووصيه فقط (ن ص) الأب فقط بلا عقد ، لقوله ﷺ « أنت ومالك لأبيك » لكن يقدر الثمن بالقيمة للاجماع . وليخرج عن الهدية . لنا ما مر ، والخبر ليس على ظاهره ، و إلا لزم جواز وطئه لجارية ابنه و إعتاق عبده . فيحمل على جواز الاستنفاق مع العسر (فرع) وكما لا يشترى مال ابنه لنفسه ، لا يشترى من نفسه لابنه لما مر . قلت : بل يبيع من غيره ثم يشتريه (فرع) وقول (ه) للابن فسخ عقد الأب متى بلغ . محمول على عدم المصلحة « مسألة » (ه) وتبطل ولاية الأب بخيانته ، فان تاب عادت ، إذ هي أصلية ، فلم يقطعها الفسق من أصلها ، بل منع مقتضاها ، فان زال المانع ثبت التصرف . وكذا الإمام إذا فسق عادت ولايته بالتوبة ، كالأب وقيل : مع تجديد الدعوة لبطلان شرطها (ى) إن فسق جهراً جددها و إلا فلا . قلت: وهو قوى. (فرع) (ى) و يجوز الشراء من الولى ، و إن لم تعلم المصلحة حملا على السلامة « مسألة » (يه م) والوارث ليس بخليفة ، فلا يملك تركة المستغرق ، ولا تنتقل الديون إليه ، لقوله تعالى (من بعد وصية توصون بها أو دين) فشرط فى انتقال الملك : تقديم الدين والوصية (ى قم ش) بل خليفة من غير واسطة ، لقوله ﷺ « من ترك مالا فلأهله ومن ترك عيلة فإلىّ » فأتى بلام الملك ونحوه . قلنا : مطلق فحمل على المقيد . قالوا : مؤاذنة الوارث تقتضى ملكه . قلنا : بل أولويته ، وليس خليفة حيث لا تركة إجماعاً ، فلا يلزمه الدين . وخليفة حيث لا دين ولا وصية إجماعا (فرع) فلا ينفذ بيع الوارث تركة المستغرق إلا للقضاء ، ولا إعتاق عبده على القول الأول ، بل يوقف على الإيفاء أو الابراء (ض زيد) لا ينفذ مطلقاً . قلنا : لهم ملك ضعيف فصح ووقف .

فصل في تصرف المميز والعبد

« مسالة » وتجوز معاملة المميز والعبد ما لم يظن حجرهما ، وهو بالحظر . « مسألة » و إنما يصير الصبي والعبد مأذونين : حيث صارا مميزين وأذن لهما وليهما إذنا عاما ، أو خاصا ، نطقا أو سكوتا كما سيأتى « مسألة » وليس لغير المأذون تصرف فيما يضر سيده ، كالنكاح

(قوله) « من ترك مالا فلأهله » تقدم فى كتاب الجنائز وغيره .

والهبة ونحوهما . ويجوز مالا ضرر فيه : كقبول الهبة والصدقة ومال الخلع ونحوها . وليس له خدمة أحد من غير إذن ، ولا للغير استخدامه ، لقوله ﷺ « إلا بطيبة من نفسه » « مسألة » وللمأذون البيع والشراء ، ولو غبن المعتاد لا الفاحش . إذ لا يتناوله الإذن (ح) بل ينفذ حيث الإذن مطلق . قلنا : المطلق لا يتناول خلاف المعتاد « مسألة » و إذا نطق بالإذن صح تصرفه إجماعا (يه حص) فإن رآه يتصرف وسكت عنه ، صار مأذونا فى شراء كل شيء ،و بيع ما اشتراه (م ى شص) لا ، كسكوت الراهن عن إنكار بيع الرهن . قلنا : بل كالشفيع ، رأى المشترى يتصرف فهو به أشبه (فرع) فأما بيع مال سيده ، فلا يكفى السكوت ، كلو باعه أجنبي «مسألة» (دش ح) وما اكتسبه العبد فلسيده ، لقوله تعالى (لا يقدر على شيء) (ك د) بل يملكه العبد ولسيده انتزاعه ، فإن أعتق قبل انتزاعه ملكه العبد (فرع) و إذا أذن له بالتجارة مطلقا صح للعموم . وقيل : لا، للجهالة ، كالوكالة المجهولة . قلنا : الوكالة العامة تصح . فان قال : اتجر فى هذا المال.صح قولا واحداً «مسألة» (يه ح) فإن أمره بشراء شيء خاص : كلحم أو طعام ، كان إذنا بالتجارة ، لقول على عليه السلام « هل كنت تبعث عبدك » الخبر . وهو توقيف (زى ش) بل لا يعم كالمضارب (فو) القياس يقتضى العموم ، والاستحسان الخصوص ، وهو أقوى .قلت : قول على عليه السلام كالنص فهو أولى . قلت : ولا يتناول مال سيده إلا بخاص . و إذا أذن له ببيع شيء كان وكيلا فيه ومأذونا فى غيره « مسألة » (يه حص) ودين المعاملة يتعلق بما فى يده ، ثم فى رقبته ، إذ تعلق به برضاء سيده ، فكان كما لو رهنه . و يستوفى فى رقه : كنفقة زوجته ومهرها . (شص) بل فى ذمته ، إذ ثبت عليه برضا الغريم ، كلو أقرض العبد المحجور . قلنا : لا سبب من السيد هناك ، فافترقا (مد) بل بذمة السيد ، إذ العبد كالوكيل . قلنا : الإذن : إطلاق حجر لا توكيل «مسألة» وللمأذون فى التصرف ماجرت العادة للتجار بمثله : فيرهن و يرتهن : ويوكل

(قوله) « إلا بطيبة من نفسه » . روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه » . و تقدم الكلام فيه

(قوله) « ولقول على عليه السلام » الخ . روى عن على عليه السلام « أن رجلين ارتفعا إليه ، فقال أحدهما : يا أمير المؤمنين ، إن عبدى ابتاع من هذا شيئا فرددته عليه فأبى أن يقبله . فقال له أمير المؤمنين : هل كنت تبعث عبدك بالدراهم يشترى لك بها اللحم ؟ فقال : نعم . فقال له : أجزت عليك شراءه » حكاه فى الشفاء وغيره .

و يبيع بالعرض وغيره ، مما يتعامل به ، ولو بغير نقد البلد (هب) وكذا البيع بالنسيئة المعتادة . (ش) لا ، لنا العادة « مسألة » وليس له السفر بالمال . إذ لم يتناوله الإذن بالتجارة . إذ هي البيع والشراء لا السفر ، بخلاف المضارب ، ولا يضيف . أو يهب أو يتصدق . إذ ذلك تفريط . ولا يؤاجر نفسه ، ولا يأذن لعبد اشتراه بالتجارة ، ولا يكفل ببدن ولا مال ، ولا يقرض ولا يبيع من سيده ، إن لم يكن هو وما في يده مستغرقا بالدين ، بخلاف المضارب لما سيأتي . ووجه منع هذه الأمور : أن الإذن المطلق لا يتناولها . قيل : فان جرى بمثلها عرف جازت « مسألة » و يقبل قول العبد في الإذن ، كالدلال في البيع ، لما في يده ، والمهدى الهدية ، لثبوت اليد وعمل المسلمين بذلك « مسألة » (هب ح) وليس للسيد بيع مافي يده ، إن تعلق به دين ، لتعلق حق الغير به كالرهن و يجوز حيث لا دين إجماعا ، ولا يكون حجرا ، إذ لا يقتضيه « مسألة » و إذا حجره عن شيء لم يعم بخلاف الإذن ، إذ الإذن نفي الحجر ، والنفي المطلق يعم : كلا رجل في الدار . بخلاف الاثبات: كرجل في الدار . وجاهل الحجر يستصحب الحال . وعلى السيد إعلامه ، لقوله ﷺ « ليس منا من غش » وللغرماء استسعاؤه بما لزمه إن رضوا ، و إلا لزم السيد بيعه لا هم ، لبقاء ملكه . فان تمرد فالحاكم ، كسلعة المفلس « مسألة » وما صار إلى المأذون برضا أربابه ، فدين معاملة يتعلق برقبته ، وما في يده فقط ، فيباعان إن لم يفده ولا رضوا الاستسعاء « مسألة » ومن عامل محجوراً عالما أو جاهلا لا لتغرير . ففي ذمة الكبير يطالب به إذا عتق ، إذ لا سبب يقتضي ضمان السيد، والرقبة مال له (ع) ولا في ذمة العبد ، إذ سلمه إلى من لا تصح عقوده ، كالصغير . قلنا :الكبير مكلف بالحفظ لا الصغير « مسألة » و إذا باعه وعليه دين معاملة ، لزمه لهم الأوفى من القيمة ، أو الثمن ، إن لم يوفهم الناقص . إذ بيعه اختيار لنقل الدين إلى ذمته ، فان تمرد أجبر . ولهم النقض إن فوته معسراً (ى) ولهم تضمين المشترى ، لتخييرهم بين نقض البيع أو طلب القيمة ، و يرجع على البائع « مسألة » (يه حص) و يرتفع الإذن بإباقه لتعذر الايفاء من ثمنه وكسبه . كلو خرج عن ملكه (ش) لا ، كلو غصب أو حبس . قلنا : لا نسلم الأصل . سلمنا : فليس بعاص هنا فافترقا ، و يعود الاذن بعوده لزوال المانع . و يرتفع أيضا بحجر الحاكم على سيده ، إذ تصرفه فرع على تصرفه . ولا حجر بالتدبير والتأجير والاستيلاد « مسألة » (ه حص ش) فان هلك العبد لم

(قوله) « ليس منا من غش » هذا طرف من رواية أبي داود لحديث سيأتي .

يضمنه سيده ، و بطلت الديون لتعلقها برقبته لا غير . وكذا الجاني والمرهون (ى) فان مات بعد تمرد السيد عن بيعه ، ضمنه إذ صار كالغاصب قلت : المذهب لا ضمان لتعلقه برقبته ، ولا نسلم أن التمرد كالغصب ، إذ هو فى ملكه ، فان أعتقه أو قتله ضمنه ، كما مر فى بيعه « مسألة » (ه) ومن ضارب المحجور فالربح له ، وعليه للعبد أجرة المثل . والوجه ظاهر « مسألة » وإذا اشترى المأذون من يعتق على السيد لم يصح إن نهاه ، فان أمره صح وعتق ، حيث لا دين . فان كان فوجهان: لا يعتق إذ صار مستحقا ، أو يعتق و يغرم السيد الموسر . وفى المعسر وجهان : أصحهما : يعتق و يسعى (ش) لا . للاضرار بالغرماء . قلنا : للعتق قوة ، فإن لم يأمره ولا نهاه ، فوجهان (ى) أصحهما : لا يصح الشراء ، إذ لا يتناوله الإذن لعدم الحظ « مسألة » والقول للسيد فى نفى الإذن إذ الأصل عدمه . وكذا الحجر .

فصل

والصبي إذا أذن له الولى كالعبد « مسألة » (ه حص) و يصح تصرفه مع الاذن من ولى ماله ، لقوله تعالى (وابتلوا اليتامى) والابتلاء بالتصرف (ش) لا . لقوله ﷺ « حتى يبلغ » ولاستلزامه صحة طلاقه وعتقه للاذن . قلنا : المراد بالخبر رفع الاثم ، والطلاق والعتق منعهما الاجماع ، و إذ ليس له توليهما فلا يولاهما « مسألة » ولا يضمن الصبي المحجور ما دفع إليه إن تلف إجماعا (ط م ع ح) أو أتلفه . إذ سلمه إلى مضيعة ، فكأنه أتلفه برضاه ، ولأنه ضمان عقد ولا عقد للمحجور بخلاف الجناية (ش فو) يضمن لقوله ﷺ « على اليد ما أخذت » قلنا : أراد حيث كلف ، لقوله ﷺ « رفع القلم » « مسألة » وحكم المأذون حكم البالغ . يضمن حيث يضمن ، ولا حيث لا .

فصل

(على ه م عو ره) ثم (يه) و يصح البيع والشراء موقوفين على الاجازة ، لعموم قوله تعالى

(قوله) « على اليد ما أخذت « تمامه » حتى ترده » وسيأتى .

(وأحل الله البيع) ولتقريره ﷺ بيع عروة وابن حزام وشراءهما للأضحية ، وهما موقوفان . (ن شص) لا . إذ نهى ﷺ عن بيع ماليس عند الإنسان . قلنا : أراد المعدوم (ح) يجوز البيع لا الشراء (ك) العكس . قلنا : لا وجه للفرق (الجصاص) لا يجوز الشراء الموقوف عند أصحابنا ، إلا من يؤمر بشراء شيء ، فيشترى بصفة ، أو بخيار أو غائباً موصوفاً ، فيخير للرؤية . قلنا : وكذا خيار الإجازة . لخبر البارق وحكيم .

باب ما يحرم بيعه

وما يجوز وما يصح وما لا . وما يصح استثناؤه وما لا . وفيه فصول :

فصل

يحرم بيع الحر إجماعا . لقول على عليه السلام:«ليس على حر ملكة» . وهو توقيف . ويؤدب العالم ، لقول على عليه السلام لعمر : « اضربه ضرباً شديداً » . والصبي والأعجمي يقرعان فقط . كفعل الصادق فى حك أنامل صبي سرق (فرع) و يرد الثمن من قبضه ، إذ هو مال الغير . إلا الصبي ما أتلف ، إذ هو كالمباح له . قيل : والأعجمي لجهله الشرائع (ه شص) فان غاب القابض

(قوله) « ولتقريره ﷺ بيع عروة وابن حزام وشراءهما للأضحية ، سيأتى الخبران فى كتاب الوكالة إن شاء الله .

(قوله) « ولخبر البارق وحكيم » قلت : البارقى هو عروة ، وحكيم هو ابن حزام المتقدم ذكرهما آنفاً .

باب ما يحرم بيعه الخ

(قوله) « لقول على عليه السلام إلى آخره » قال فى الشفاء : روى الهادى إلى الحق عليه السلام باسناده « أن رجلا باع نفسه فى ولاية عمر ، فلما اشتد عليه البلاء أتى عمر فقال : إنى رجل حر فقال له عمر : أبعدك الله ، أنت الذى وضعت نفسك . فقال له على بن أبى طالب : إنه ليس على حر ملكة فاضربه ضربا شديداً والبائع له ، ومر المشترى أن يتبع البائع بالثمن ، فان كان فى أفق من الآفاق فاستسعه . أما إنى أقول ذلك : لأنه قد حنكته السن . فلو كان صبياً صغير أو أعجميا استسفها لم أضربه ولم أستسعه .

منقطعة فالحر المبيع إن دلس ، لقول على عليه السلام لعمر: استسعه ، وله الرجوع على القابض إذ على اليد ما أخذت (ن ش) لارجوع إلا على البائع ، لقوله ﷺ « على اليد ما أخذت ».
قلنا : قد عملنا بموجبه في إيجاب الرجوع عليه «مسألة» (عه بص حماد) ثم (جم له ش مد) ولا يصح بيع الكلب مطلقاً ، لقوله ﷺ « ثمن الكلب حرام » وكالميتة والخمر (ز ن ق م ط) يصح بيع كلب الصيد والزرع والماشية ، لخبر جابر « إلا كلب الصيد» . ولقوله ﷺ «لغير زرع وماشية» قلنا : أراد جواز اقتنائه جمعا بين الأخبار (ح) يجوز بيعه و بيع كل ذى ناب ومخلب. وفى الأسد الكبير روايتان ، إذ هى حيوانات ينتفع بها ، فجاز بيعها كالبقر . وكهبتها والوصية بها . قلنا: فرق الخبر (ك) يحرم بيعه ، ومن قتله لزمته قيمته ، إذ هو مملوك . قلنا : حرم بيعه فحرمت قيمته .
« مسألة » و يجوز اقتنائه للصيد والزرع والماشية ، لخبر أبى هريرة. فأما لحفظ الدور ونحوها فوجهان: يصح كالزرع ، ولا ، إذ لم تخص إلا الثلاثة . قلنا : والقياس مشروع . فأما اقتناؤه لغير ذلك فلا

(قوله) « ثمن الكلب حرام » لفظه عن رافع بن خديج أن رسول الله ﷺ قال: « مهر البغى خبيث ، وثمن الكلب خبيث،وكسب الحجام خبيث » وفى رواية « شر الكسب مهر البغى وثمن الكلب ، وكسب الحجام » أخرجه الترمذى ، وأبو داود . وعن ابن مسعود قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ، ومهر البغي ، وحلوان الكاهن » أخرجه الستة وقد تقدم . وعن ابن عباس قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب . فان جاء يطلب ثمن الكلب فاملأ كفه ترابا » أخرجه أبو داود .

(قوله) « لخبر جابر إلا كلب الصيد » عن جابر قال : « نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب والسنور » أخرجه مسلم وأبو داود والترمذى . وزاد النسائى « إلا كلب صيد » وعن أبى هريرة قال « نهى عن ثمن الكلب إلا كلب صيد » أخرجه الترمذى .وعن جابر قال: « نهى رسول الله ﷺ عن أكل الهر وثمنه » أخرجه الترمذى ، وفى رواية أبى داود « نهى عن ثمن الهر »

(قوله) « لغير زرع وماشية » عن أبى هريرة قال قال رسول الله ﷺ « من أمسك كلباً فانه ينقص كل يوم من عمله قيراط ، إلا كلب حرث أو ماشية » أخرجه البخارى ومسلم ، وفيه روايات أخر . وعن عبد الله بن مغفل أن النبى ﷺ قال :« من اتخذ كلباً إلا كلب صيد أو ماشية أو زرع نقص من أجره كل يوم قيراط » أخرجه النسائى .

اتفاقا ، لقوله ﷺ « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة » « مسألة » ولا يجوز بيع الدم والميتة والخنزير . وعن (صابا) يجوز بيع الخنزير (ن ح) شعره لا هو . ولا العذرة والبول ، ولا اقتناؤها ، لنهيه ﷺ «مسألة» (ه شص)ولا زبل ما لا يؤكل لنجاسته (ح) المال ما ينتفع به ، وهذا كذلك فيباع . لنا قوله ﷺ « إذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه » ونحوه (ى) ويكره ادخاره وإصلاح الأرض به لمباشرة النجاسة ، فان ادخره حتى صار رماداً جاز « مسألة » ويحرم بيع الخمر ، لقوله ﷺ « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر » ونحوه (ه ش) فان باعها ذمى لمسلم لم يصح

(قوله) « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه كلب ولا صورة » عن على عليه السلام أن رسول الله ﷺ قال : « لا تدخل الملائكة بيتاً فيه صورة ، لا جنب ولا كلب » أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى . وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « لنهيه ﷺ » عن جابر قال: « سمعت رسول الله ﷺ يقول عام فتح مكة « إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام . فقيل يارسول الله : أرأيت شحوم الميتة فانه يطلى به الشعر ، ويدهن به الجلود ، ويستصبح بها الناس ؟ فقال : هو حرام . ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك « قاتل الله اليهود،إن الله لما حرم عليهم شحومهما أجلوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه » أخرجه الستة إلا الموطأ .

(قوله) « إذا حرم الله شيئاً حرم ثمنه » ونحوه عن ابن عباس قال : « رأيت رسول الله ﷺ جالساً عند الركن فرفع بصره إلى السماء فضحك وقال :«لعن الله اليهود ثلاثاً ، إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها ، وإن الله عز وجل إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه » أخرجه أبو داود . وعن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « إن الله حرم الخمر وثمنها ، وحرم الميتة وثمنها، وحرم الخنزير وثمنه » أخرجه أبو داود . وعن ابن عباس « أن رجلا أهدى إلى رسول الله ﷺ راوية خمر . فقال له رسول الله ﷺ : هل علمت أن الله حرمها ؟ قال : لا.فسار إنساناً إلى جنبه فقال له رسول الله ﷺ م ساررته ؟ قال : أمرته ببيعها فقال : إن الذى حرم شربها حرم ثمنها ، ففتح المزادتين حتى ذهب مافيهما»أخرجه مسلم والموطأ والنسائى .

(قوله) « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر » ليس فى الحديث : ورسوله ، وهو خبر جابر المتقدم .

(قوله) « ونحوه » تقدم وفى حديث أخرجه البخارى وغيره من رواية عائشة أن رسول الله ﷺ حرم التجارة فى الخمر»وعن المغيرة قال: قال رسول الله ﷺ « من باع خمراً فليشقص الخنازير » أخرجه أبو داود

إذ حرم ثمنها (ح) عقد صدر ممن له ولاية عليه فجاز ،كلو كان المالك ذميا . قلنا : أبيحت للذمى فافترقا «مسألة» ويحرم بيع الغرر ، وهو التردد فى حصول المبيع وعدمه ، بلا ترجيح ، كبيع المعدوم والمعاومة والطير فى الهواء ، وإن اعتاد الرجوع ، أو فى برجه وهو مفتوح ، لقدرته على النفور ، أو مغلق ويحتاج فى قبضه إلى كلفة . وكذا السمك فى الماء إن احتاج تصيداً (هب قين) وكذا فى الأجمة لما مر (لى) يجوز . قلنا : غرر إن احتاج تصيداً «مسألة» وتحرم إجارة البرك والغدر لأخذ السمك ، فأما لحبسها فيصح « مسألة » (يه عك) ويحرم بيع المدبر ، لقوله ﷺ « المدبر لا يباع» الخبر . إلا لضرورة ، لبيعه ﷺ مدبر أبى مذكور لحاجته (عا) ثم (عمر بن عبد العزيز) ثم (ن ش) يجوز مطلقا لهذا الخبر . قلنا : معارض بالأول (ز ح) لا يصح مطلقا للأول . قلنا : إلا مع الضرورة جمعاً بين الأخبار (هد) يصح الرجوع عن التدبير بالقول ،كالوصية. قلنا: التدبير عقد ، بدليل سرايته كالكتابة ، فلا رجوع بخلاف الوصية « مسألة » (الأكثر) وأم الولد لقوله ﷺ فى مارية « أعتقها ولدها » الخبر . ونحوه (على ع ابن الزبير) ثم (صان بال بشر

(قوله) « المدبر لا يباع » تمامه« ولا يشترى» وهو حر من الثلث » هكذا حكاه فى الشفاء من رواية ابن عمر .

(قوله) « لبيعه ﷺ يعقوب مدبر أبى مذكور لحاجته » تقدمت إحدى روايات هذا الحديث . وفى البخارى ومسلم وغيرهما « أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر ، فاحتاج فأخذه النبى ﷺ فقال : من يشتريه ؟ فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا ، فدفعه إليه » وفى رواية لمسلم « أن رجلا من الأنصار يقال له : أبو مذكور ، أعتق غلاما له عن دبر ، يقال له : يعقوب » وساق الحديث بمعناه . وفيه روايات أخر .

(قوله) « أعتقها ولدها» تمامه «وإن كان سقطاً » حكاه فى الشفاء من رواية ابن عمر وهو فى أصول الأحكام عن ابن عباس قال « ذكرت مارية أم إبراهيم عند رسول الله ﷺ فقال أعتقها ولدها وإن كان سقطا »

(قوله) « ونحوه » عن ابن عمر أن عمر بن الخطاب قال :« أيما وليدة ولدت من سيدها فانه لا يبيعها ، ولا يهبها ، ولا يورثها ، وهو يستمتع بها . فاذا مات فهى حرة » أخرجه الموطأ.

المر يسى د الإمامية) يجوز لرجوع على عليه السلام إلى تجويزه ، ولم ينكر ، بل قال له السلمانى : رأيك مع الجماعة ، أحب إلينا من رأيك وحدك . لنا : الخبر (فرع) (صابا الإمامية) وإنما يجوز بيعها فى حياة سيدها ، فان مات ولها منه ولد باق عتقت عندهم ، وكذا أولادها من غيره ، فان لم يكن باقياً فعن (ن) يملكها أولاده من غيرها . وعنه : تعتق حيث له ولد من غيرها (فرع) (هب حص) ويسرى إلى من ولدت بعد استيلادها ، إذ حكم الولد تابع لحكم الأم فى الرق ، وكذا العتق ، ولهم جميعاً قبل موت السيد حكم الرق ، إلا فى امتناع البيع ونزويجها فقط (فرع) ولا ينقض الحكم ببيعها ، إذ لا إجماع متحقق ، لخلاف من مر . وقيل : بل ينقض ، ولا وجه له. (فرع) فان أعتقها مشتريها ، ثم صح أنها أم ولد صح العتق ، إن جعلنا العقد فاسداً لا باطلا . (فرع) (هب ى) وإذا قلنا بصحة العتق ، رجع الولد للبائع بحصته من الثمن ، إن ثبت الاستيلاد بالبينة لا بمصادقة المشترى ، إذ هو كالاقرار على الغير ، وحصة الولد ما بين قيمتها حاملا وغير حامل . «مسألة» (ه ها) ولا يجوز بيع جزء غير مشاع ، من حى كالرجل والكرش ، لتعذر التسليم ، فأما الصوف فالشجار فى موضع القطع ، ولضرر الحيوان إن أغرق «مسألة» (ط ش ى لح) ولا الدهن المتنجس ونحوه كالخمر (ح) يجوز كالثوب المتنجس . قلنا :الثوب المتنجس يمكن تطهيره فافترقا (ث ك العنبرى) لا يؤكل ولا يباع ، بل ينتفع به فى الاستصباح ونحوه . إذ هو استهلاك كإلقاء الزبل فى الطين . قلنا : قال ﷺ « إذا وقع الحيوان فى السمن أريق المائع » وتوقف (م) فى ذلك ، لتعارض الأدلة . قلنا : لا تعارض مع هذا الخبر « مسألة » فأما الثوب المتنجس فيجوز إجماعا . وفى الماء تردد (ى) الأصح الجواز لإمكان تطهيره بالمكاثرة ، ومن قال بامكان تطهير الدهن ، أجاز بيعه . « مسألة » (ه قين) وبيع ماء الفحل لنهيه ﷺ (ك بعص ش) يجوز للضرورة . وقوله

(قوله) « لرجوع على عليه السلام إلى تجويزه » الخ. روى عن على عليه السلام أنه قال « تجدد لى رأى فى أمهات الأولاد أنهن يبعن فقال له عبيدة السلمانى رأيك فى الجماعة أحب الينا من رأيك وحدك » هكذا حكاه عضد الدين فى شرحه على مختصر المنتهى . وعن جابر قال « بعنا أمهات الأولاد على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر ، فلما كان عمر نهانا فانتهينا » ذكره رزين .

(قوله) « إذا وقع الحيوان فى السمن » إلى آخره . تقدم فى كتاب الطهارة ، إلا أنه قال فيه الفأرة مكان الحيوان .

(قوله) « لنهيه ﷺ » عن ابن عمر قال « نهى رسول الله ﷺ عن عسب الفحل » أخرجه البخارى وأبو داود والترمذى والنسائى وأخرجه النسائى . أيضاً من طريق آخر.

ﷺ لبني كلاب «إن كان إكراما فلا بأس» أي إن كان نجيبا يولد النجائب . قلنا : يقتضي جواز الإنزاء لا الإكراء . قلت : وفيه نظر، فأما أجرة تلقيح النخل فجائز إجماعا . «مسألة» (٥) ويكره إنزاء الحمير على الخيل لقوله ﷺ « إنما يبيح ذلك الذين لا يعلمون » ونحوه (حص ى) جائز لركوبه ﷺ . البغال . قلت : الركوب خلاف الانزاء . « مسألة » (ع ثم ه ش محمد) ولا يجوز بيع الشيء قبل قبضه، لقوله ﷺ لحكيم « إذا ابتعت مبيعا فلا تبعه حتى تستوفيه » (هب ى) كل ما يبطل العقد بتلفه حرم بيعه قبل قبضه فخرج المهر ونحوه (البتى) ، يجوز مطلقا لنا الخبر (حص) يحرم فيما ينقل فقط إذ خبر حكيم وارد فيه . قلنا : الظاهر العموم (٣) ثم (يب) يحرم في المكيل والموزون والمعدود والمذروع فقط ، لقوله ﷺ « من ابتاع طعاما فلا

(قوله) « إن كان إكراماً فلا بأس » لفظه عن أنس « أن رجلا من كلاب سأل النبي ﷺ عن عسب الفحل فنهاه فقال يارسول الله إنانطرق الفحل فنكرم فرخص له في الكرامة» أخرجه الترمذي وكذا النسائي إلا أنه لم يذكر الترخيص .

(قوله) « إنما يبيح ذلك الذين لا يعلمون » ونحوه .لفظه : عن علي عليه السلام قال: أهديت لرسول الله ﷺ بغلة فركبها ، فقال علي عليه السلام : لو حملنا الحمير على الخيل فكانت لنا مثل هذه ، فقال رسول الله ﷺ انما يفعل ذلك الذين لا يعلمون » أخرجه أبو داود والنسائي . وعن ابن عباس قال : « والله ما خصنا رسول الله ﷺ بشيء دون الناس إلا بثلاثة أشياء : أمرنا أن نسبغ الوضوء ولا نأكل الصدقة ولا ننزي الحمر على الخيل » أخرجه النسائي وللترمذي نحوه .

(قوله) « لقول حكيم » الخ . روى عن حكيم بن حزام أنه سأل النبي ﷺ فقال « إني أشترى بيوعاً كثيرة فما يحل لي منها؟ فقال: إذا اشتريت بيعاً فلاتبعه حتى تقبضه» هكذا في أصول الأحكام، وقد تقدم عنه من روايات الجامع قريب منه.لكنه في الطعام وعن ابن عمر قال :ابتعت زيتاً في السوق فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني ربحاً حسناً ، فأردت أن أضرب به على يده فأخذ رجل من خلفي بذراعي،فالتفت فاذا هو زيد بن ثابت فقال:لاتبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك، فان رسول الله ﷺ نهى أن تباع السلعة حتى يحوزها التجار إلى رحالهم»أخرجه أبو داود.وعن ابن عباس قال « أما الذي نهى عنه النبي ﷺ فهو الطعام أن يباع حتى يقبض» قال ابن عباس : ولا أحسب كل شيء إلا مثله . هذه من روايات البخاري ومسلم .

(قوله) « من ابتاع طعاماً » الخ . في رواية للبخاري ومسلم عن ابن عمر عن النبي ﷺ أنه قال من ابتاع طعاماً فلايبعه حتى يقبضه » وفيه روايات أخر وعن جابر قال كان رسول الله

يبعه حتى يستوفيه » ، وقيس عليه الثلاثة للتقدير (ك) ، بل الطعام فقط للخبر . قلنا : خبر حكيم عام . قالوا : علة التحريم خشية تلفه قبل القبض ، وغير المنقول ليس كذلك . قلنا : بل هلاكه ممكن بسيل أو نحوه . سلمنا ، فالخبر عام ، والعلة ضعف الملك قبله فلا بيع ولا هبة (ش) بل توالى الضمانين : ضمان البائع وضمان المشترى فيتلف من مالهما فيكون ملكا بين مالكين وهو ممتنع . فعلى هذا له بيعه من بائعه وهبته . لنا عموم الخبر (فرع) ورهنه وهبته وإعارته وإنكاحه كالبيع ، إذ العلة ضعف الملك «مسألة» ويجوز بيع دور المدينة وضياعها إجماعا ، لعموم الأدلة (ه ك عح) لا دور مكة وأراضيها لقوله تعالى (سواء العاكف فيه والباد) وقوله ﷺ « لا يجوز بيع بيوت مكة ولا إجارتها » (ى) والمسجد الحرام متى أطلق فى القرآن فهو الحرم المحرم . قلت : وقد صرح عن (ه) أنه إلى المواقيت ، واختاره (ش ف) قال الله تعالى (الذين أخرجوا من ديارهم) قلنا : الإضافة لاتقتضى الملك ، كسرج الدابة ونحوه ، مع قوله ﷺ « من أكل أجر بيوت مكة فإنما أكل الربا » قالوا : لم ينقض ﷺ بيع عقيل لرباعه ﷺ . قلنا :

= ﷺ يقول «إذا ابتعت طعاماً فلا تبعه حتى تستوفيه» أخرجه مسلم . وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « لا يحل بيع بيوت مكة ولا إجارتها » حكاه فى الشفاء .

(قوله) « من أكل أجر بيوت مكة فكأنما أكل الربا» لفظه فى الشفاء «من أكل من أجر بيوت مكة شيئاً فكأنما أكل الربا » انتهى . وعن عائشة قالت قلت : يا رسول الله الا تبنى لك بنى بيتاً يظلك من الشمس ، فقال :« انما هو مباح لمن سبق إليه » أخرجه الترمذى .

(قوله) « قالوا لم ينقض بيع عقيل لرباعه ﷺ » عن أسامة أنه قال قلت يا رسول الله أين تنزل غداً فى دارك بمكة ؟ فقال « وهل ترك لنا عقيل من رباع أو دور » وكان عقيل ورث أبا طالب هو وطالب، ولم يرثه جعفر ولا على شيئاً لأنهما كانا مسلمين وكان عقيل وطالب كافرين. وفى رواية « قلت يارسول الله أين تنزل غداً وذلك فى حجة الوداع حين دنا من مكة ــ فقال هل ترك لنا عقيل منزلا » هذا طرف من حديث أخرجه البخارى ومسلم وأخرج أبو داود الرواية الثانية مع زيادة . وعن على بن الحسين قال: إنما ورث أبا طالب عقيل وطالب، ولم يرثه على، فلذلك تركنا حقنا من الشعب » أخرجه الموطأ . قلت : ولا يخفى أنه لا حجة للمخالف فى هذه الأخبار لما يفهم من سياقها من أن العلة فى عدم نقضه ﷺ لبيع عقيل غير ما ذكروه والله أعلم .

كما أهدر الدماء ، قالوا : اشترى عمر من صفوان داراً ، ومعاوية من حكيم دارين ، وكذلك سائر السلف ، ولم ينكر . قلنا : الخشب والآجر لا العراص . سلمنا ، فليس بحجة إذ لا إجماع . «مسألة» (ه جم ش) ولا العبد الآبق والمسروق والفرس الشارد ونحوه ، لنهيه ﷺ عن بيع الغرر (جع م ط حص) يصح موقوفاً على التسليم لعموم (وأحل الله البيع) مع خيار التعذر كما سيأتي . قلنا : يلزم في الطير (فرع) (ه حص) فأما إلى من أبق إليه فيجوز إذ لا غرر . « مسألة » (ه حص) ويجوز بيع ما عوضه غير مال كالمهر ، وجعل الخلع ، والصلح عن دم العمد ، قبل قبضه إذ لا دليل على التحريم ، وكالبضع يطلق قبل الدخول (م ش) لا ، كالبيع . قلنا : بل كالميراث ، إذ لا يبطل العقد بتلفه . « مسألة » ، وفي الوصية احتمالان تردد فيهما (ط) صحح (ض زيد) الجواز ، قلت : والنذر كالوصية (ط) لا الهبة فكالبيع (أبو مضر للهادي) بل كالوصية . قلنا : هي بالبيع أشبه ، ويجوز في الميراث إجماعاً . « مسألة » (م ط حص ش) ، ويصح العتق قبل القبض إذ هو استهلاك ، واستهلاك المشترى للمبيع كالقبض (ابن خيران) لا ، كالبيع . قلنا: هذا استهلاك فافترقا . (فرع) فإن تعذر الثمن بعد إعتاقه فللبائع فسخ ما لم ينفذ ، كلو أعتق على مال لم يوفه واستسعاؤه في النافذ بالأقل من القيمة والثمن ، إذ حقه أسبق ، ويرجع العبد على المعتق بما سعى به إن نواه ، إذ أصل الوجوب عليه ، بخلاف العبد المشترك حيث أعتقه الشريك المعسر ، فأصل الوجوب على العبد فلم يرجع بما سعى . (فرع) ولا يسلم المعتق على مال سعايته إلى البائع إلا بإذن المشترى أو الحاكم ، وإلا لم يبرأ . « مسألة »

(قوله) « قالوا اشترى عمر من صفوان داراً » إلى آخره روى «أن عمر بن الخطاب أمر نافع بن عبد الحارث أن يشترى داراً بمكة للسجن من صفوان بن أمية ، فاشتراها بأربعة آلاف درهم» هكذا حكاه في الشفاء وأصول الأحكام .

(قوله) « ومعاوية من حكيم دارين » روى انه جاء الاسلام ودار الندوة في يد حكيم ابن حزام ، فباعها من معاوية بمائة ألف درهم، فقال له ابن الزبير « بعت مكرمة قريش ؟ فقال له حكيم بن حزام : ذهبت المكارم إلا التقوى » هكذا حكي والله أعلم . وذكر في تاريخ الطبري ما لفظه « وفي سنة سبع عشرة اعتزم عمر بناء المسجد الحرام فيما زعم الواقدي » ووسع فيه وأقام بمكة عشرين ليلة ، وهدم على قوم أبوا أن يبيعوا ووضع أثمان دورهم في بيت المال حتى أخذوها » انتهى .

ومن أعتق ما اشتراه من مشتر لم يقبضه صح ، إن أعتقه بعد القبض بإذن الأولين ، أوالثاني موفراً الثمن ، إذ الفاسد يملك بالقبض بالإذن ،خلاف (ن ش) وسيأتي« مسألة » (ع ش)و إذا بيع من ذي اليد لم يكن قبضاً ، فلو تلف قبل تجديد قبضه فمن مال البائع ، إذ يد الأمين يد المالك (ح) يد المشتري أقوى من يد الإيداع ، لقوله ﷺ « ابدأ بنفسك » . قلنا : معارض بقوله ﷺ «ليس على المودع غير المغل ضمان» وهو أرجح لاقتضائه براءة الذمة وهي الأصل . قلت : أما يد الضامن للعين فهي قبض حيث لاتعدي إذ يده ليست يد المالك ، إذ قوة ولايته توجب له المطالبة بها و بعوضها .

فصل

في بيع الشجر والثمر ونحوهما واستثنائهما . « مسألة » (هب ح) ومن باع شجراً ولم يقل بحقوقه وجب رفعه كالمنقول (ش) لا ، إن لم يشرطه ، إذ اللبث حق عرفي كالطريق . قلنا : لانسلم. فإن شرط البائع بقاءه مدته فسد ، لرفعه موجب العقد وهو تصرف المشتري (هط) وكذا لو شرطه المشتري ، قيل لكونه بيعاً و إجارة والمدة مجهولة (م) بل يصح كلو قال بحقوقه . قلت: الأقرب أنه إن شرطاه جميعاً أو البائع وحده ، فسد لرفعه موجب العقد ، و إلا صح كلو اشتراه بحقوقه . فإن شرط البائع بقاءه مدة معلومة لينتفع به صح ، إذ يصح الاستثناء كذلك (فرع) (بص هب) فإن اشتراه بحقوقه فانقلع فله تعويضه (ح بعض أصحابنا) لا إذ هو حق له لا غيره . قلنا : العقد متناول له وللحق ، فإن امتدت عروقه وأغصانه فليس لذي القرار المنع ، لتناوله عرفاً. وقيل يمنع مازاد على الحاصل وقت العقد . لنا العرف « مسألة » ومن باع أرضا واستثنى شجراً أو جدارا بحقوقه استحق اللبث كما مر ،والقرار لذي الأرض « مسألة » ولا يجوز بيع الثمر قبل خروجه إجماعاً ، «لنهيه ﷺ عن بيع ماليس عندك» ولا بعده قبل نفعه ، إذ لا يباع مالا ينفع (م) إلا بشرط القطع ،لعموم (وأحل الله البيع) ولا بعد نفعه قبل صلاحه بشرط البقاء اتفاقا للجهالة (ى)و يصح بشرط القطع إجماعاوفيه نظر (هق ن ك

(قوله) « ابدأ بنفسك » تقدم .

(قوله) « ليس على المودع » سيأتي .

مد حتى) ولا يصح مع الاطلاق، لقوله ﷺ «لا تبيعوا الثمر حتى يزهى» الخبر. ونحوه (ى) فأما مع شرط القطع فخصه الإجماع (زمى ح ش) يصح لعموم قوله تعالى (وأحل الله البيع) (ح) ويؤمر بالقطع كلو اشترط. قلنا: منع الخبر «مسألة» (ه ها) وأما بعد نفعه وصلاحه فمع شرط القطع يصح إجماعاً، ومع شرط البقاء يفسد إجماعاً، إن جهلت المدة (ى) فإن علمت صح عند (يه) إذ لا غرر (م) لا، للنهى عن بيع وشرط، فإن أطلق صح عندنا و (ح) إذ ما تردد بين وجهى صحة وفساد حمل على الصحة، إذ هى الظاهر. قلت: إلا أن يجرى العرف بالبقاء مدة مجهولة فيفسد (فرع) (هب ح ش) فاما قبل صلاحه بشرط القطع ولم يقطع حتى صلح فلا يفسده البقاء (عمد) يبطل قلنا: الزيادة لا تفسد، كلو اشترى صغيراً فكبر فإن اشترى ما قد صلح مع ما سيحدث فباطل للجهالة (ك) بل يصح فيهما جميعاً. لنا: نهى عن بيع الغرر «مسألة» والتأبير علاج خروج الثمرة من أكمامها، والتمر من طلعه، والعنب من عنقوده. وقيل تلقيح النخل: بأن يؤخذ من الجمار فيذر على النخلة فتحمل. وقد أنكره ﷺ حين هاجر فتركوه فلم يحمل فأمر به. «مسألة» وثمرة الشجرة

فصل فى بيع الشجر والثمر الخ

(قوله) «لا تبيعوا الثمر حتى يزهو» الخبر ونحوه عن أنس «أن النبى ﷺ نهى عن بيع الثمرة حتى تزهو قيل لأنس: ما زهوها؟ قال تحمر وتصفر قال أرأيت إن منع الله الثمرة بم تستحل مال أخيك» أخرجه البخارى ومسلم والموطأ والنسائى. وعن أبى هريرة قال: قال رسول الله ﷺ «لا تبتاعوا الثمر حتى يبدو صلاحه ولا تبتاعوا الثمر بالتمر» أخرجه مسلم والنسائى. وعن جابر «أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع الثمر حتى يشقح قيل وما يشقح قال يحمار ويصفار ويؤكل منها» هذه رواية البخارى ومسلم وأبى داود وفى رواية لمسلم قال «نهى عن بيع الثمر حتى يطيب» وفى رواية لأبى داود «نهى عن بيع الثمر حتى يبدو صلاحه ولا يباع الا بالدينار والدرهم الا العرايا»

(قوله) «وقد أنكره ﷺ حين هاجر» الخ. عن طلحة قال مررت مع رسول الله ﷺ بقوم على رؤوس النخل فقال: «ما يصنع هؤلاء؟ قالوا: يلقحونه يجعلون الذكر فى الأنثى يلقح. فقال رسول الله ﷺ ماأظن يغنى ذلك شيئاً، فأخبروا بذلك فتركوه، فأخبر رسول الله ﷺ بذلك فقال: إن كان ينفعهم ذلك فليصنعوه فانى إنما ظننت ظناً، فلا تأخذونى بالظن، ولكن إذا حدثتكم عن الله بشىء فخذوا به، فانى لن أتكذب على الله» وفى رواية «فان الله لا يخلف وعده» وعن رافع بن خديج قال: «قدم نبى الله ﷺ المدينة وهم يؤبرون النخل، فقال: ما تصنعون؟ قالوا

المبيعة لمن اشترطها من بائع أو مشتر ، فإن أطلق ولم تكن بارزة عند العقد فللمشترى (ه حص) فإن برزت فللبائع لانفصالها كالمؤبرة وكالزرع (ش ك) إن أبرت فللبائع، و إلا فللمشترى لاستتارها كالحمل (لى) للمشترى مطلقاً لذلك . لنا : قوله ﷺ « من باع نخلة قبل أن تؤبر » الخبر ونحوه . و إذا اشترى شجرة مثمرة ثم ظهر بعض ثمرها فالأولى للبائع والأخرى للمشترى ، فإن التبس فوجهان : ينفسخ العقد لتعذر التسليم . الثانى إن سمح البائع أجبر المشترى على القبول ، و إلا انفسخ . قلت : ويحتمل أن يقسم كمسألة الخلط « مسألة » (ى هب) ومن اشترى شجراً مثمراً أو أرضا فيها زرع لم يلزم البائع رفع الثمر والزرع حتى يصلح ؛ للعرف كما لا يلزم من باع داراً رفع مافيها ليلا أو حال المطر أونحوه (ى أبو مضر) وتجب الأجرة ، وقيل لا ، إذ هو كالمستثنى (ص ابن أبى الفوارس ح) يلزم الرفع لئلا ينتفع بملك الغير . قلت : وهو قوى (فرع) و إذا بقيت عروق الذرة بعد حصدها ، فقلعها على البائع ، إذ هي ملكه ، فإن حصده قبل أوانه لم يكن له التعويض ، إذ الحق لذلك الزرع فقط « مسألة » وما يبقى من القطن سنة فصاعداً فكالشجر ، و إلا فكالزرع (ط) ويجوز بيع جوزه مقطوعاً كم الأرض (الاسفراييني) لا يصح بيعه مطلقاً للجهالة . قلنا : يجوز ، ويخير المشترى ،كلو اشترى شيئا فى جراب* « مسألة » (ى) والورد قبل تفتحه للمشترى و بعده للبائع . قلت : وفيه نظر « مسألة » وورق التوت كالثمر فى الأصح،وكالآس والحناء (ط) والأغصان كالصوف (م) بل تتبع الورق الموجود عليها . و إذا بيع الشجر والثمر

= كنا نصنعه، فقال « لعلكم لو لم تفعلوه لكان خيراً » فتركوه فنقص أو قال: فنقصت، قال فذكر ذلك له فقال « إنما أنا بشر إذا أمرتكم بشيء من أمر دينكم فخذوا به، وإذا أمرتكم بشيء من رأيي فانما أنا بشر » أخرجه مسلم. وعن أنس وعائشة « أن النبى ﷺ مر بقوم يلقحون فقال: لو لم تفعلوا لصلح . قال فخرج شيصاً فمر بهم فقال مالنخلكم ؟ فقالوا قلت كذا وكذا ، قال أنتم أعلم بأمر دنياكم » أخرجه مسلم .

(قوله) « من باع نخلة قبل أن تؤبر » الخبر . لفظه عن ابن عمر قال : سمعت رسول الله ﷺ يقول: « من ابتاع » وفى رواية « من باع نخلا قدأبرت فثمرتها للبائع إلاأن يشترط المبتاع » اخرجه البخارى وغيره. ونحوه ماروى « أن رجلا ابتاع من رجل نخلا فاختلفا ، فقال المشترى اشتريت وأبرت ، وقال البائع أبرت ثم بعت ، فاحتكما إلى رسول الله ﷺ فجعل الثمرة للذى أبرها » هكذا روى، وفى التلخيص نحوه. ونسبه إلى البيهقى ، والله اعلم .

فان لم يكن ذا قشر كالتين والعنب ، أو قشره يصحبه لحفظ رطوبته كالرمان والموز ، فللبائع وما له زهر كالمشمش والتفاح والخوخ فبيع بعد تناثر ورده فللبائع ، وقبله للمشتري . وقد قيل إن العنب لا ورد له (ى) بل له ورد يخرج في الابتداء مزهر كالعصب. وما له أصل يبقى سنة فصاعداً ، كالقصب والبطيخ والقثاء والهندبا ،دخل في بيع الأرض كالشجر،فأما فرعه الظاهر عند العقد فللبائع كالثمر « مسألة » ويصح بيع الأرض مع الزرع الظاهر كالشعير والذرة ، وفي العلس والحنطة وجهان يفسد لحصول الجهالة بالاستتاره ولا ، كشيء في جراب ، بل يخير إذا رآه . و إذا اشترى أرضا غائبة فوجدها مزروعة خير لشغلها فإن اشترى مبذورة بما يبقى سنة فصاعداً دخل في المبيع كالشجر ، و إلا فلا، كزرعه و يبقى للصلاح على الخلاف ،فإن اشتراهما معا فوجهان : يفسد للجهالة، ولا، إذ صار تابعا كالحق . وكل عقد معاوضة في الشجر فهو كالبيع « مسألة » (ى ه ش) ولا يجوز بيع كامن في الأرض كأصل البصل والجزر والثوم والفجل للجهالة، كالحوت في الماء (ض زيد ح ف فر) يصح و يخير إذا رآه كالغائب ، إن لم يتضرر بالقلع . قلنا: خيار الرؤية فيما يرد على حاله ، وهذا يرد بعد القلع فلا يصح (ن ك) إن كان مورقا صح ، إذ هو علامة صلاحه للأكل ، و إلا فلا. قلنا : فيه غرر كما مر (فرع) (ط) والحيلة في شرائه أن يشترى الأرض فيدخل تبعا، ثم يردها بعد قطعه (ى) وهو غلط ، إذ لا يدخل تبعا كالزرع . قلت : فإن اشتراهما معا فسد للجهالة «مسألة» (ه قين) وما يخرج حالا فحالا كالقثاء لا يباع ما يستخرج مضافا إلى ما قد خرج ، إذ هو بيع معدوم (ك) منافع معدومة مضافة إلى موجودة فجاز كالاجارة . قلنا : هذه أعيان فافترقا « مسألة » (الأكثر) و يجوز بيع الجوز واللوز والباقلاء الأخضر في قشرها، لفعل المسلمين (ش) لا ، لسترها وفيها الصغير والكبير والصحيح والفاسد قلنا: اغتفرها المسلمون «مسألة» ولا يجوز بيع العسل مساومة كالثمر، ولا لبن الميتة لنجاسته. عندنا وقد مر .

فصل

و يحرم بيع الأمة دون ولدها والعكس، إذ يحرم التفريق بينهما في الملك(ى) إجماعاحتى يستغني بنفسه ،لقوله ﷺ: «من فرق بين والدة وولدها» الخبر ،ونحوه. فإن باع أو وهب أحدهما (ش) لم

فصل

(قوله) « من فرق بين والدة وولدها» الخ. عن أبي أيوب قال:سمعت رسول الله ﷺ =

ينعقد ، إذ نقض ﷺ البيع فى رواية على عليه السلام (ح قش) ينعقد وإن عصى لما مر . قلنا : مخالفة لفعله ﷺ وكذا بعد الاستغناء عندنا حتى يبلغ . قالوا المستغنى كالبالغ قلنا : لا ، إذ لم يفصل الدليل ،والجدة كالأم .وكذا الأب إلا عن بعض (ها) . قلنا : مقيس على الأم . وكذا سائر الارحام المحارم عندنا و (ح) قياساً (ى ش) قرابة لم تمنع القصاص فلم تمنع التفريق ،كابن العم . قلنا : العلة الرأفة هنا لا فى القصاص،فافترقا (فرع) وفى البهيمة وولدهاوجهان: لايجوز لنهيه ﷺ عن تعذيب البهائم، ويجوز كالذبح ،وهو الأصح،بخلاف الآدمى للحرمة «مسألة» ولايصح بيع البهيمة واستثناء سواقطها،كبيع السواقط .ويدخل الحمل إذ هوكالجزء ، بدليل سراية العتق إليه . ولا بيع أمة حامل بحر، إذيصير كالمستثنى فيفسد . قلت : بل يصح لماسيأتى .ولا بيع قطن واستثناء حبه لجهالة حجم الصبرة حينئذ ولا سمسم واستثناء عصارته، إذيكون المبيع الدهن وهو كالمعدوم.

فصل

(ه ش) ويحرم بيع التسعير فى القوتين ، لقوله ﷺ «إن الله هو المسعر» الخبر (ك) للامام

=يقول :«من فرق بين والدة وبين ولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» أخرجه الترمذى. وعن على عليه السلام أنه قال: « وهب لى رسول الله ﷺ غلامين أخوين .فبعت أحدهما ، فقال لى رسول الله ﷺ ما صنع غلاماك ؟ فأخبرته ، فقال «رده رده » أخرجه الترمذى

(قوله) « إذ نقض ﷺ البيع فى رواية على عليه السلام » عن على عليه السلام « أنه فرق بين والدة وولدها فنهاه رسول الله ﷺ عن ذلك ورد البيع » أخرجه ابو داود.

(قوله) « لنهيه ﷺ عن تعذيب البهائم » فى حديث أخرجه أبو داود عن النبى ﷺ أنه قال « اتقوا الله فى هذه البهائم ، اركبوها صالحة ، وكلوها صالحة » وفى حديث اخرجه مسلم عن هشام بن حكيم أنه سمع رسول الله ﷺ يقول « إن الله يعذب الذين يعذبون فى الدنيا » ونحو ذلك كثير.

فصل

(قوله) « إن الله هو المسعر » عن أنس « أن الناس قالوا لرسول الله ﷺ يا رسول الله غلا السعر فسعر لنا . فقال « إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ، وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة فى دم ولا مال » أخرجه الترمذى ، وأبو داود . وعن ابى

الاستصلاح . قلنا : مالم يخالف النص فأما غير القوتين فقيل له الاستصلاح فيه . وفى الانتصار خلافه

«مسألة» (هب) و يحرم احتكار قوت الآدمى والبهيمة (قش) يكره (ح) إذا اشتراه من المصر لا من زرعه ولا من السواد (ز) لا احتكار إلا فى الحنطة والشعير . لنا : عموم قوله ﷺ «من احتكر الطعام» الخبر ونحوه . و إنما يحرم فى الفاضل عن كفايته ومن يمون إلى الغلة ، «إذ كان رسول الله ﷺ يحتكر قوت السنة» فيجوز مثله (م) أو إلى الغلة إن لحق الجدب فى بعض السنة . و إنما يحرم مع حاجة الناس إليه ولا يوجد إلا مع مثله ، إذ لا إضرار مع خلاف ذلك ، فيجبر على البيع ، ولا يباع عنه . قيل فان تمرد فالحاكم ، و يعزر

هريرة « أن رجلا جاء . قال : يارسول الله سعر . فقال : بل ادعوا الله ، ثم جاء آخر فقال : يا رسول الله سعر . فقال : بل الله يخفض و يرفع ، وإنى لأرجو ان القى الله وليس لأحد عندى مظلمة » أخرجه ابو داود

(قوله) « من احتكر الطعام » الخ عن ابن عمر ان رسول الله ﷺ قال «من احتكر الطعام أربعين يوما يريد به الغلاء ، فقد برىء من الله و برىء الله منه » رواه احمد وابو يعلى والبزار والحاكم مع زيادة ، وذكره رزين . وعن ابن المسيب أن معمر[1] ابن ابى معمر ، وقيل ابن عبد الله ، أحد بنى عدى بن كعب قال : قال رسول الله ﷺ « من احتكر فهو خاطىء . قيل لسعيد : فانك تحتكر . فقال : إن معمرا الذى كان يحدث بهذا الحديث كان يحتكر » أخرجه مسلم وابو داود والترمذى . وعن معاذ قال «سمعت رسول الله ﷺ يقول « بئس العبد المحتكر . إن أرخص الله الأسعار حزن ، وإن اغلاها فرح » رواه الطبراني باسناد واه وذكره رزين . وعن أبى أمامة ان رسول الله ﷺ قال « اهل المدائن هم الحبساء فى سبيل الله ، فلا تحتكروا عليهم الأقوات ، ولا تغلوا عليهم الأسعار ، فان من احتكر عليهم طعاما أربعين يوما ثم تصدق به لم يكن له كفارة » ذكره رزين ، وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « إذ كان ﷺ يحتكر قوت السنة » عن معمر قال : قال لى الثورى : هل سمعت فى الرجل يجمع لأهله قوت سنتهم ، أو بعض السنة ؟ قال معمر : فلم يحضرنى ما أقول ، ثم ذكرت حديثا حدثناه ابن شهاب عن مالك بن اوس عن عمر بن الخطاب « أن رسول الله ﷺ كان يبيع نخل بنى النضير ، ويحبس لأهله قوت سنتهم » ذكره رزين .

---

(١) قوله : معمر بن أبى معمر . هو ابن عبد الله بن نافع القرشى العدوى ، صحابى هاجر إلى الحبشة له فى الكتب الستة حديثان . وعنه ابن المسيب اه خلاصة .

المحتكر لعصيانه (فرع) ولا يفسد عقد من اشترى للاحتكار لما مر، و إذ لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى (٣) ولا يحرم احتكار غير ذلك إذ لا إضرار .

فصل

ويصح البيع جزافا حيث علماه جميعاً أوجهلاه إجماعاً، إذ صار معلوماً بالمشاهدة. فإن علم قدره أحدهما دون الآخر فسد عند (ه) للغرر من العالم (ط ق) إن علم البائع دون المشترى فغرر، و إلا فلا (ط) و يحتمل أن يصح و يخير الجاهل لمعرفة قدره (م ى قين) لا غرر مع المشاهدة، و إن علم أحدهما . قلنا : لا نسلم «مسألة» (الأكثر) و يجوز بيع المصاحف إذ يتناول الجلد والكاغد فقط والكتابة تدخل تبعاً (عم) ثم (ابن شبرمة) المقصود المكتوب فلا يصح ولا الأجرة على نسخه إلا تبرعا (عم) «وددت أني قد رأيت الأيدى تقطع فى بيع المصاحف» وهو توقيف. قلنا: بل مذهب له (ع جابر) يجوز الشراء لا البيع اذ فيه ابعاد للبركة . قلنا : سئل (ع) عن بيع المصاحف

(قوله) «وإذ لم يفسد عمر عقد مولاه ومولى عثمان» عن الهيثم بن رافع عن أبى يحيى المكى عن فروخ مولى عثمان بن عفان، أن طعاما ألقى على باب المسجد، فخرج عمر بن الخطاب -وهو أمير المؤمنين يومئذ- فقال : ماهذا الطعام ؟ فقالوا : طعام جلب إلينا أوعلينا . فقال : بارك الله فيه وفيمن جلبه علينا أو إلينا، فقال له بعض الذين معه : يا أمير المؤمنين قد احتكر . قال : ومن احتكره ؟ قالوا : احتكره فروخ وفلان مولى عمر بن الخطاب، فأرسل إليهما فأتياه . فقال ماحملكما على احتكار طعام المسلمين ؟ فقالا : يا أمير المؤمنين نشترى بأموالنا و نبيع . فقال عمر : سمعت رسول الله ﷺ يقول : «من احتكر على المسلمين طعامهم ضربه الله بالجذام والافلاس» فقال عند ذلك فروخ : يا أمير المؤمنين فانى أعاهد الله وأعاهدك انى لا أعود إلى احتكار طعام أبداً . فتحول إلى مصر . وأما مولى عمر فقال : نشترى بأموالنا ونبيع فزعم أبويحيى انه رأى مولى عمر مجذوما مشدوخا» رواه الأصبهاني هكذا . وروى ابن ماجه المرفوع منه فقط

فصل

(قوله) «سئل (ع) عن بيع المصاحف» إلى آخره . الذى فى الجامع عن ابن عباس «أنه سئل عن أجرة كتابة المصحف فقال : لا بأس، إنما هم مصورون، وإنهم إنما يأكلون من عمل أيديهم» ذكره رزين .

فقال لا بأس. سلمنا فمذهب له « مسألة » ويصح بيع كل حيوان ذي نفع بلحمه كالصيد، أو فعله كالعبد والفهد والنسر والصقر والهر والقرد، اذ تقبل التعليم أو صوته كالقمري، أو لونه كالطاووس (هب محمد) أو بذرقه كالنحل ودود القز (ح ف) لا، فيهما إلا حيث مع النحل عسل ومع الدود قز قلنا: منتفع بهما في المستقبل. فيجوز كالطفل، لعموم الدليل؛ ولا يصح فيما لا نفع فيه كالأسد والنمر والرخم ونحوها « مسألة » (ع شص) ويجوز بيع لبن الآدمية اذ هو طاهر ينتفع به (ط ح ك) لا، كالدمع والعرق والبصاق. قلنا: لا نفع في هذه بخلافه « مسألة » (الأكثر) ويجوز بيع المسك (بعصش) لا، لنجاسته. إذ هو منفصل من حي ومنعقد من دم غزال قلنا: تطيب به ﷺ في حياته وحنط به وأهداه النجاشي ووهبه لنسائه وفي صحة بيعه في فارته وجهان: أحدهما يصح كقشر الرمان. ولا، لجهل قدره وصفته « مسألة » (الأكثر) ويصح الشراء بملء الكف دراهم وإن لم يعلما عددها (ك) لا للجهالة. قلنا: يعلم بالمشاهدة كالجزاف « مسألة » فان قال بعتك الشاة وفيها لبن، دخل تبعا فيصح فان قال: الشاة ولبنها فوجهان: يفسد للجهالة، ولا لدخوله تبعا ويلغو ذكره (ى) وهو الأصح « مسألة » (ه حص ك ش) ولا يجوز بيع المكاتب ان لم يعجز نفسه اذ عقدها منع استحقاق السيد الكسب، فكذا البيع، وسيأتي الخلاف فيه ان شاء الله تعالى « مسألة » ويصح استثناء المشاع من الحيوان اجماعا كبيعه لصحة الانتفاع به مهايأة، لا الجزء المعين إلا من المذكى كبيعه اذ يمكن الانتفاع به بعد الذبح لا قبله (ص) إلا من شاة القصاب وان استثنى أرطالا معلومة ولم يعين موضعها من المذكى فسد للجهالة إذ هو أجناس وبعد الذبح يجوز بيع ماشاء منها (الطبرى) لا يجوز قبل السلخ للغرر. قلنا: لا غرر مع خيار الرؤية، وقول (ه) اذا سلخ فلا خيار، حمله (ع) على أنه قد عرف الثمن. قلت: وفيه نظر « مسألة » (ه ح ش) ولا يصح بيع صوف الحي قبل فصله

(قوله) « تطيب به ﷺ في حياته » الخ. تقدم ذكر ذلك في كتاب الحج. وفي كتاب الجنائز. وروى عنه ﷺ « أنه اهدى إلى النجاشي أواقي من مسك، فلما تزوج بأم سلمة قال إني قد أهديت إلى النجاشي أواقي من مسك، وإنه يموت قبل أن تصل إليه، فاذا ردت إلي أعطيتك منها. فمات النجاشي قبل أن تصل إليه فردت إليه فأعطاها منها وأعطى غيرها من نسائه » هكذا روى والله أعلم.

لنهيه ﷺ عن بيع الصوف على ظهر الغنم (ف ك ث ل) مشاهد يمكن تسليمه فيصح كمن المذبوح والخبر موقوف على (ع) قلنا : وروى مرفوعا الى النبي ﷺ ويقع اللجاج فى موضع القطع من الحى فافترقا « مسألة » (ه ها) ولا يجوز بيع اللبن في الضرع لنهيه ﷺ صريحا وللجهالة كالمضامين (سعيد) الضرع كالخزانة له لقوله ﷺ «فيمن يحلب شاة غيره لا باذنه يعمد أحدكم الى خزانة أخيه » الخبر . قلنا : استعارة لا حقيقة « مسألة » (هـ ن م ط) و يصح استثناء الحمل اذ لا يقتضى جهالة (ى قين) لا كاستثناء جزء . قلنا : لا نسلم لانفصاله (فرع) واذا استثني فعلى المشترى تمكينه اللبأ قيل: ثلاث رضعات وقيل ثلاثة أيام والأصح المعتاد اذ لا يعيش بدونه ولا إضرار (م) وعليه قيمة اللبا اذ هو ملك الغير (ط) لا ، اذ هو كالمستثنى « مسألة »(يه)

(قوله) «لنهيه ﷺ عن بيع الصوف على ظهر الغنم » قلت : هكذا حكاه فى الشفاء ، لكن الذى فى أصول الأحكام عن النبى ﷺ «أنه نهى عن بيع اللبن فى الضروع » ثم ذكر بعد ذلك ما لفظه : قال أبو حنيفة وما روى من النهى عن بيع الغرر يدل على أن بيع البهيمة واستثناء جلدها أو عضو منها لا يجوز إلا أن تكون قد ذبحت ، لأنها إذا لم تكن مذكاة تعذر التسليم ، وكان ذلك غرراً ، وكذلك بيع الصوف على ظهر البهيمة لا يجوز إلا أن تكون مذكاة ، لأنه غرراً إذا كانت حية ، ولأنه لا يوصل إلى استيفائه إلا بايلامها انتهى . ويفهم منه أنه لم يرد فى ذلك حديث عن النبى ﷺ ، ولعله أصح والله أعلم . لكن فى التلخيص ما لفظه «أن النبى ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر أو لبن فى ضرع » الدارقطنى والبيهقى من طريق عمر بن فروخ عن حبيب[1] بن الزبير عن عكرمة عنه . قال البيهقى تفرد به عمر ، وليس بالقوى . قلت وقد وثقه ابن معين . انتهى .

(قوله) « يعمد أحدكم » الخ . لفظه «عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال : لا يحلبن أحدكم ماشية أحد إلا باذنه ، أيحب أحدكم أن تؤتى مشربته فتكسر خزانته فينتثل طعامه وإنما تخزن لهم ضروع مواشيهم أطعمتهم فلا يحتلبن أحد ماشية أحد إلا باذنه» أخرجه البخارى ومسلم والموطأ وأبو داود .

---

(١) حبيب بن الزبير بن مشكان بضم الميم وإسكان المعجمة الهلالى البصرى ثم الاصبهانى عن عكرمة وعنه عمر بن فروخ وثقه النسائى . اهـ خلاصة

ويصح استثناء لبن المبيع مدة معلومة اذ باع جابر منه ﷺ ناقة واستثني حلابها الى المدينة (ى ها) يمنع تسليم المبيع عقيب العقد كشرط ان لا يقبضه . قلنا : مغتفر كاستثناء السكنى شهراً ونحوه ، وكالحمل . والخبر نص فى محل النزاع . قالوا مدة الحلاب الى المدينة مجهولة فيحمل على أنه أباح قلنا : الظاهر الاستثناء ، ولعلها أيام معلومة (فرع) ويمنع المشترى إتلاف مستثنى اللبن ، لتعلق حق البائع به ، فإن فعل فلا ضمان إذ قد دفع القيمة ، وقيل : يضمن ما بين قيمتها مستثنى لبنها وغيره « مسألة » (حص) واشتراط كونها لبوناً مفسد إذ فعول المبالغة (ع ى ش) بل معناه وجود اللبن ، وهو مستحق فى الحيوان وعدمه عيب ، فصح شرطا قلنا : إن لم يقصد المبالغة فصحيح . « مسألة » (ى) ولو اشترى ثوبا مركبا على آلة النسج قبل فراغه لم يصح ، إذ هو كالمشروط بتمام العمل ، فيفسد كلو شرط خياطته ، اذ هو بيعتان فى بيعة . قلت : فيه نظر ، بل كبيع وإجارة « مسألة » (ى) ، ولا يصح أن يأخذ بالثمن المؤجل غير جنسه قبل حلول أجله ، إذ لا يملك المطالبة به ، فكأنه أخذ بما لا يملك . قلت : والمذهب صحته . « مسألة » ولا بيع الخمس والغنيمة والزكاة بعد التخلية قبل النقل لنهى على عليه السلام عن بيع الخمس حتى يحاز ويقبض . ويكفى التخلية إلى المصدق . « مسألة » ، ولا يصح بيع نجوم الكتابة فى الأصح اذ لا تستقر حتى يعتق « مسألة » ويصح بيع الملصق بغيره كالفص والمسمار ، وان تضررا وبخيران قبل الفصل

(قوله) « إذ باع منه ﷺ ناقة واستثنى حلابها إلى المدينة » قلت : كأن هذه الرواية وقعت هكذا فى الانتصار وغيره ، وهو سهو قطعاً ، لأن المعروف فى حديث جابر على اختلاف رواياته أنه باع من النبي ﷺ جملا » الحديث لكن فى بعض رواياته ما لفظه : واستثنيت حملانه إلى أهلى » كما سيأتى وكأن الميم سقطت من قلم الناسخ فقيل حلابه تصحيفاً ثم كمل ذلك بجعل الجمل ناقة والله أعلم ،

(قوله) « لنهى على عليه السلام عن بيع الخمس حتى يحاز ويقبض » الذى فى الشفاء وأصول الأحكام قيل ، وهو كذلك فى الانتصار عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الصدقة حتى تقبض وعن بيع الخمس حتى يحاز » انتهى وعن أبي هريرة قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الغنائم حتى تقسم » هذا طرف من حديث أخرجه أبو داود .

(ى) مع الضرر لاغير، لقوله ﷺ « لاضرار » . قلت : وفيه نظر . « مسألة » (بص خعى الشعبى) ثم (ه قش) و يصح بيع الغائب و إن لم يكن قد رآه أحدهما ، لقوله ﷺ «من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه » ، ولم يفصل (ش) فيه غرر ، والخبر رواه ابن خالد ، وكان كذابا قلنا: قضى بصحته جبير بن مطعم ولم ينكر، والخبر رواه أئمة الزيدية والرواية تعديل فى الأصح أو من غير ابن خالد (الأكثر) فأما بعد معرفتهما له فيصح (حماد الحكم الأنماطى) من (صش) الرؤية شرط لنفوذه فلا يكفى تقدمها ، كالشهادة على النكاح . قلنا : لانسلم كونها شرطا . (فرع) فإن كان البائع رآه وحده صح لما مر . (قش) نهى عن بيع الغرر . لنا ما مر . وكذا العكس يصح خلاف (ش) أيضاً « مسألة » (ى هب حص) و إذا باع ما فى بيته أو فى كمه أو جرابه ولم يذكر الجنس والنوع صح ، لإغناء الإشارة عن ذكرهما (شص) لا بد فى الحاضر من ذكرهما ولا تكفى الإشارة . قلنا : القصد التمييز . قلت : فى الحكاية للمذهب نظر ، و إنما يصح عند (م) « مسألة » (ه جميعاً حص عى مد حق) ويصح استثناء الخدمة والسكنى والركوب

(قوله) « لا ضرار » روى عن النبى ﷺ أنه قال « لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام » حكاه فى الشفاء وأصول الأحكام ، وأخرجه الموطأ لكن لم يقل «فى الاسلام » .

(قوله) « من اشترى شيئاً لم يره فله الخيار إذا رآه » قيل رواه أبو هريرة ونسبه فى التلخيص إلى الدارقطنى والبيهقى وأنهما قالا : المعروف أن هذا من كلام ابن سيرين. قال: ونقل النواوى اتفاق الحفاظ على تضعيفه . انتهى والله أعلم .

(قوله) « قضى بصحته جبير بن مطعم » روى أن عثمان باع مالا له بالكوفة من طلحة ابن عبيد الله، فقال طلحة لى الخيار لأنى اشتريت مالم أره . وقال عثمان :لى الخيار لأنى بعت ما لم أره، فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة »هكذا حكاه فى اصول الأحكام قال فى التلخيص وأخرجه الطحاوى والبيهقى من طريق علقمة بن وقاص أن طلحة اشترى من عثمان مالا فقيل لعثمان: إنك قد غبنت. فقال عثمان لى الخيار لاني بعت مالم أره وقال طلحة: لى الخيار لاني اشتريت مالم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى أن الخيار لطلحة ولا خيار لعثمان» انتهى. وعن ابن عمر قال « بعت من أمير المؤمنين عثمان مالا بالوادى بمال له بخيبر ، فلما تبايعنا رجعت على عقبى حتى خرجت من بيته خشية أن يرادني البيع »هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه البخارى .

مدة معلومة لاستثناء جابر ركوب بعيره إلى المدينة وعثمان سكنى داره شهراً ، ولم ينكر (ش) لا، إذ نهى عن بيع وشرط . قلنا : حيث يقتضى جهالة ولا جهالة هنا ، وكذا الخلاف فى كل شرط يصح إفراده بالعقد ، كإيصال المبيع المنزل وخياطة الثوب وطحن الطعام . « مسـألة » (ق) ، ويجوز بيع الماء كقسمته (فرع) ولا يملك الماء العام كسيحون إجماعاً ، لقوله ﷺ « الناس شركاء فى ثلاثة » ويملك مانقل وأحرز فى الأوانى إجماعاً (ى) وفى حكمها ما اتخذ لحبس الماء للمالك من المواجل فى البيوت أو غيرها ، ويصح بيعه (ى) إجماعاً (فرع) (هقم قين) ومن استنبط نهراً أو بئراً فماؤه حق لا ملك، إذ نهيه ﷺ عن بيع الماء عام إلا ما خصه دليل (م ك) بل ملك لصحة قسمته اتفاقاً ، وهى فى معنى البيع . لنا عموم قوله ﷺ « من منع فضل الماء » الخبر . وذلك لايقال فى الملك ، و إذ لايبطل رد الدار بعيب بعد استهلاك بعض ماء بئرها ولصحة الانتفاع بماء بئر الدار المكتراة ونحوها ، لكن يأثم الداخل إلا باذن ، إذ المكان ملك

(قوله) « لاستثناء جابر ركوب بعيره إلى المدينة » قلت هذا الحديث رواه البخارى ومسلم وغيرهما بروايات كثيرة تشتمل على فوائد عديدة فلنذكر منها الرواية التى تقدمت الاشارة إليها عن جابر أنه كان يسير على بعير له قد أعياء فمر النبى ﷺ فضربه ودعا له فسار بسير ليس يسير مثله « فقال : بعنيه بأوقية . قلت : لا ثم قال: بعنيه بأوقية فبعته واستثنيت حملانه إلى أهلى، فلما قدمنا أتيته بالجمل ونقدنى ثمنه ثم انصرفت، فأرسل على أثرى فقال : ماكنت لآخذ جملك فخذ جملك فهو مالك» وفى رواية أخرى« فبعته على أن لى فقار ظهره حتى أبلغ المدينة » .

(قوله) « وعثمان سكنى داره شهراً » حكى فى الشـفاء عن عثمان أنه باع داراً واشـترط منافعها شهراً » ولم يرو عن أحد من الصحابة خلافه ، انتهى .

(قوله) « الناس شركاء فى ثلاثة » عن رجل من المهاجرين من أصحاب النبى ﷺ قال «غزوت مع رسول الله ﷺ ثلاثا سمعته يقول: المسلمون شركاء فى ثلاث: الماء والكلأ والنار أخرجه أبو داود .

(قوله) « من منع فضل الماء » الخبر تمامه ليمنع به الكلأ منع الله منه فضل رحمته هكذا روى والذى فى الجامع عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لاتبيعوا فضل الماء لتمنعوا به الكلأ» أخرجه الستة إلاالنسائى . وعنه أيضاً قال قال رسول الله ﷺ «لايباع فضل الماء ليباع به الكلأ » أخرجه البخارى ومسلم . وعن إياس بن عبد الله قال « نهى رسول الله ﷺ عن بيع الماء » أخرجه الترمذى وفيه أحاديث أخر .

والآخذ على وجه يضر، إذ حق المحتفر أقدم، فأما قسمته فإنما تكون تبعا كالحقوق . وما يقع فى الأرض المملوكة من ماء السماء فحق لامالك، كالكلأ . «مسألة» (ى) والمعادن الجامدة تملك بملك الأرض وتتبعها فى البيع، إذ هى جزء منها، ولا يباع معدن ذهب بذهب إذ لا يعلم التساوى ولا يدخل الركاز فى بيع الأرض، إذ ليس منها، والقول للبائع فى أنه له، وهو لقطة فى الملك وركاز فى الموات، ولا تدخل المعادن المائعة كالنفط والقار، إذ ليس من جنس الأرض، ولا يباع إلا بعد حيازته كالماء . و إذا استنبط فملك بخلاف الماء «مسألة» (ه حص لش) ومتى انضم إلى جائز البيع غيره كعبد وحر، وخل وخمر، ومذكاة وميتة،أو ذبيحة من لا يجوز أكل ذبيحته فسد، إن لم يتميز ثمنه، إذ بيع ما يصح حينئذ كالمشروط بالآخر (لش) يصح فيما يجوز بثمن الكل، كلو انفرد (لش) بل بحصته من الثمن لمقابلة أجزاء الثمن أجزاء المبيع . قلنا : بل يفسد لما مر، ولجهالة الثمن (فرع) (هفو) فان تميز الثمن صح فيما يجوز، إذ ليس كالمشروط حينئذ (ح) بل يفسد . إذ شملها العقد . قلنا : تميز الثمن صيره كالعقدين «مسألة» (ه ى فر) وكذا مدبر أو أم ولد، أو مكاتب مع مملوك، لما مر (ح) بل يصح هنا، إذ هو مشروط بما يصح بيعه فى الحال . كالحكم فى أم الولد، فيأخذه بحصته، كلو باع ملكه وملك الغير . قلنا : لا تحريم فى بيع ملك الغير حين العقد إذ لو أجاز صح، بخلاف أم الولد ونحوها «مسألة» (ه قش) ولو قال : بعتك هذا العبد، وعبداً مجهولا بألف، فسد فى الجميع . لما مر (قش) يخير المشترى، إما فسخ إن لم يرض به وحده أو يأخذه بكل الثمن، إذ المجهول لا قيمة له، أو بحصته إن قلنا له قيمة، و يبطل شراء المجهول قلنا : مشروط بالمجهول فلا يصح «مسألة» (ى هب قش) ولو اشترى عبدين بألف، فتلف أحدهما ولو بعد قبض الآخر، فسد بيع الآخر، لجهالة حصته من الثمن (قش) لا يبطل . قلت : وهو الأقرب للمذهب . فان أبق أحدهما لم يبطل حتى ييأس من رجوعه فيبطل كالتالف «مسألة» ومن جمع بين بيع و إجارة فى عقد، كأجرتك دارى و بعتك عبدى، أو بيع ونكاح : كزوجتك ابنتى و بعتك عبدى، صح مع تميز الأعواض، فان تلف أحدهما لم يفسد الآخر إذ هو كالعقدين، فان اتحد العوض صح أيضاً عندنا، كلو باع ثوباً وسيفاً . فان تلف أحدهما قبل القبض لم يفسد الآخر، بل يصح بحصته ثم ينسب الثمن من القيمة (ش) بل يبطل العقد لتنافى أحكام الإجارة والبيع . قلنا : لا يضر فى عينين مختلفتين (فرع) وكذا البيع والكتابة، والإجارة والنكاح «مسألة»

(هب) ولو اشترى الزرع على أن يحصده البائع أو الثوب على أن يخيطه، أو الحنطة على أن يطحنها صح كلو أفرد كلا بعقد، فإن تعذرت الخياطة ونحوها لم يفسد البيع، بل تحط حصته من الثمن (ش) بل يفسد العقد كالبيع والإجارة . لنا : ما مر .

فصل

ويصح بيع صبرة من مقدر : كيلا أو وزنا أو عدداً أو ذرعا ، مستو أو مختلف ولو جزافا كما مر (صح ش) يكره إذ فيه نوع غرر . قلنا : لا ، مع المشاهدة « مسألة » (ه ش ك فو) فان قال بعتك الصبرة كل مد بدرهم صح، إذ لا جهالة، ويخير لمعرفة قدر الثمن (ح) لا يصح إذ قوله كل كذا بدرهم بيان للأول،فكأنه قال: بعتك كل مد بدرهم . قلنا : ينعقد على جملة الصبرة ثم يفصلها ومن ثم خير لمعرفة قدر الثمن كالمرابحة فلا جهالة. فان قال: بعتك منها عشرة أمداد، صح إن علماها أكثر (د) لا اذ هو فى التحقيق بيع ما فى الذمة فيكون كالمعدوم . قلنا : بل باع قدراً معلوما من موجود فصح، كلو باع نصفها أو ثلثها (فرع) (هب ح) ولو تلفت و بقى قدر المبيع سلمه (الطبرى) لا إذ صارا شريكين فى الباقى،لأن ما تلف تلف عليهما .قلنا : بل حكمه حكم ما فى الذمة «مسألة» و يصح بيع ثلثها ونحوه واستثناؤه، إذ لا جهالة، يتعين فلا يعطى من غيرها، و يحنث بالعقد لوحلف لا باع منها، وأجرة الكيل عليهما،والعرف على البائع إذ عليه التمييز،والصب على المشترى، إذ القبض عليه (ى) ولا يأخذ أحدهما نصيبه حتى يحضر الآخر . قلت : عند (م) وتسليم جملة الصبرة تسليم له لشياعه، قيل و بيع المشاع منها يخالف بيع المقدر، ففى المشاع تسليمها تسليم له، و يقاسم من أى الجوانب شاء المشترى ، والأجرة عليهما معاً لا على البائع وحده ، والعكس فى المقدر . قلت : والأقرب عندى أنهما يستويان فى ذلك إن جعلنا القسمة إفرازاً لا بيعا (فرع) فان قال : بعتك من هذه الصبرة كل مد بدرهم ففاسد لجهالة المبيع ، إذ لا عموم لحصول من « مسألة » فان قال بعتكها على أنها مائة بكذا أو مائة كل كذا بكذا فما زاد فللبائع إن لم يدخل فى العقد، فان نقص خير بين أخذه بحصته أو فسخه (ى) فان قال: كل قفيز بدرهم وأزيدك كذا قفيزاً فسد، لأنه إن أراد الهبة كان بيعاً وشرطاً، وإن أراد أنه لا يحتسب عليه قيمة القفيز فسد أيضاً، إذ يصير التقدير : كل قفيز وشىء مجهول بدرهم، فان قال: على أن أنقصك قفيزاً يفسد إن لم يعلم قدر الصبرة ، إذ يكون المعنى

كل قفيز وشيء مجهول . قلت : فيه نظر ، بل صوابه كل قفيز إلا شيئا مجهولا بدرهم . وكذا ولو قال على أن أزيدك أو أنقصك قفيزاً للترديد. فان قال: بعت منك الصبرة وهى عشرون قفيزاً بعشرين درهما على أن أنقصك قفيزاً صح. إذ المعنى: بعت منك تسعة عشر قفيزاً

فصل

والمذروع كالمكيل فيما مر، إلا أنه حيث يقول: على أنه مائة ذراع كل ذراع بكذا ، فزاد، يخير بين الرد أو أخذ الزيادة بحصتها، لضرر الفصل هنا، وحيث يقول: على أنه مائة ذراع بكذا فنقص ، يخير بين الفسخ وأخذه بكل الثمن ، إذ هو نقصان صفة لاقدر فى التحقيق فان زاد أخذه بلا شيء لذلك ، كلو اشترى جارية على أنها ثيب فانكشفت بكراً (ى) بل بحصته ، إذ لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه، بخلاف البكارة فهى زيادة صفة محضة . فإن قال: بعت منك هذه العرصة أو الثوب كل ذراع بدرهم صح، إذ لاجهالة كالمكيل . ولو قال : بعتك من هذه عشرة أذرع ، صح إن علماها أكثر ، وقد مر خلاف (ح و د) فى الصورتين ، فإن قال : من ها هنا إلى ها هنا صح إذ لاجهالة . فان باع ذراعا من خشبة صح إن عينه من أحد الطرفين .

فصل

ويصح بيع بعض صبرة مشاعا أو مقدراً إن ميز قبل البيع فى المختلف، أو عينت جهته فى مختلف المذروع ، أو ذكر خيار لأحدهما فقط مدة معلومة يختار فى أيها و إلا فلا عند (ع و ح) إذ فيه غرر (ى) و يحتمل الصحة ويشتركان كلو اشترى مشاعا . « مسألة » وتعين الأرض بما يميزها من إشارة أو حد أو لقب ، « مسألة» (ط ه ش فو) و يصح بيع الدار مذارعة كالسهم المشاع (ى ح) فيه غرر . قلنا : فيلزم فى المشاع « مسألة » (ه) ولا يباع السقف مذارعة لتفاوت أخشابه وترصيفها .

فصل

والمعدود المستوى كالمكيل والموزون ، فيصح جزافا وغيره كما مر ، فإن زادت الصبرة أو نقصت عن العدد المشروط فسد فى المختلف مطلقا ، لا فى المستوى كما مر . (ح) ، بل إن قال: على أنها

مائة رمانة ، كل رمانة بدرهم فسد إن زادت للتشاجر فى الزائد، لا إن نقصت فيؤخذ بحصته (ى) وهو قوى من جهة القياس « مسـألة » (هـ) ولو باع عدلا على أن فيه مائة ثوب صح إن ساوى أو زاد ، و يرد الزائد (ط) من الوسط ، و إن نقص فسد عند (هـ) و (ك) لاستلزامه بيع المعدوم (ح) ، بل يفسد إن زاد للتشاجر فى المردود . قلنا : الوسط معلوم (ابن سريج) إن زاد خير البائع بين تسليمه بالثمن فقط أو الفسخ و إن نقص خير المشترى .قلنا: لادليل على ذلك (ابن حى) إن زاد فسد للتشاجر فى المردود ، و إن نقص فعيب . لنـا مامر . قلت : الأقرب أن الزيادة والنقصان يفسدان العقد فى المختلف لمـا مر . وأما المستوى فحكمه ما مر فى المـكيل .

باب

والعقد الموقوف ينفذ بالاجازة عند القائل بصحته ، فإن كان فاسداً لم ينفذ بها إذ مسـتندنا فى الموقوف خبر حكيم وكان عقده صحيحا . (فرع) وله شروط وهى صحة العقد لمـا مر . وعدم فسخه قبل الاجازة ، وكالفسخ بيعه من آخر و بقاء المجيز و الإبطال تنفيذه (هب ح) والمتعاقدين (ص ى) لا . إذ لم يتعرف رسول الله ﷺ بقاء العاقد فى خبر حكيم . قلنا : موته كإبطاله العقد لبطلان تصرفه . قلت . وزوال عقله كموته . وأن يضيف فى الشراء لفظاً أونية ، و إلا لزمه إن لم يضف[1] البائع ولا تشترط الإضافة فى البائع. إذ لم يسأل رسول الله ﷺ حكيا عنها (ص) بل لو نوى عن نفسه لم يضر. وصح موقوفا، وأن يجيزه من له ولايته حال العقد، فلو خرج عن ملك المالك قبل الاجازة بطل . ولم يجزه من صار إليه ، لبطلان ولايته حال العقد (م) ولا يشترط بقاء المبيع، وعنه بل يشترط، والأول أقرب، إذ لا وجه لاشتراطه (ص) أما لو باع فضولى مال صبى ثم بلغ أجازه الصبي ، وقيل بل الولى. أما إذا لم يكن له ولى عند البيع ثم دعا إمام لم تصح إجازته لعدم ولايته عند العقد « مسألة » وتصح الاجازة بكل لفظ أو فعل يفيد التقرير ، كطلب ثمن المبيع ونحو ذلك، ولو جهل كونه إجازة كالهزل باللفظ، لا لو أجاز ظاناً تأخر العقد إذ ليست تقريراً إلا لمتقدم عنده. وإجازة الإجازة كإجازة العقد « مسألة »(ى هب) و يدخل فى ملك الفضولى لحظة كالوكيل « مسألة » ولا يتعلق حق بفضولى لانقطاع تصرفه بالاجازة (ى) يحتمل مصيره بعـد الإجازة كالوكيل ، أما لو أجاز بعد علمه بقبض البائع الفضولى الثمن ، كان إجازة لقبضه فيبرأ المشترى « مسألة » و ينفذ بالاجازة منعطفا فتدخل الفوائد الحادثة بعد العقد ، وقيل غير منعطف فلا تدخل

(١) نسخة : يصف

(ص) تدخل المتصلة حال الاجازة لا المنفصلة، وقيل إن أجاز عالما بها دخلت و إلا فلا . قلنا : موجب الملك العقد فالحكم له والاجازة شرط (فرع) (ص) ويخير المالك لغبن فاحش جهله حال الاجازة (م) لا، وقيل إن انكشف الثمن غير النقدين خير أيضا (فرع) فإن باع فضوليان كل واحد من شخص فأجاز العقدين بلفظ واحد لحقت آخرهما (ص) بل يبطلان إذ لا مخصص . قلنا : التأخر مخصص (فرع) و إذا باع أحد الشركاء نفذ فى نصيبه فقط ، إلا لإضرار ، كبيع أحد الشركاء لشقص فى جانب معين . «مسألة» (ط ع) و إذا اشترى جماعة شيئا لم يبع أحدهم حصته إلا بعد انقطاع خيار رؤيتهم لئلا يفرق الصفقة على البائع أو يبطل خيارهم (م) يصح و يرد المشترى إن ردوا «مسألة»(ه) و يصح بيع ميراث علم جنسا ونصيبا وإن لم يذكرهما ، فإن جهلا أو أحدهما فسد للغرر «مسألة» ومن باع أو اشترى بغبن فى مرض موته كان الغبن من الثلث لما سيأتى .

باب الربويات

الربا لغة الزيادة قال تعالى (اهتزت وربت) وفى الشرع: التفاضل فى متفقى الجنس، أو زيادة لأجل النساء «مسألة» والربا محرم إجماعا، لقوله تعالى (وحرم الربا) ونحوها. وقوله ﷺ «الكبائر سبع»

باب الربويات

(قوله) « الكبائر سبع » الخبر ونحوه . عن عبيد بن عمير عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال وقد سأله رجل عن الكبائر فقال «هن تسع ، فذكر الشرك والسحر وقتل النفس وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات وعقوق الوالدين المسلمين و استحلال البيت الحرام قبلتكم أحياء وأمواتا» هذه الرواية ذكرها رزين ، ولأبى داود والنسائى نحوه . وعن أبى هريرة أن النبى ﷺ قال «اجتنبوا السبع الموبقات» قيل يارسول الله وماهن؟ قال الشرك بالله ، والسحر ، وقتل النفس التى حرم الله إلا بالحق ، وأكل مال اليتيم ، والربا ، والتولى يوم الزحف ، وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات» أخرجه البخارى وأبو داود والنسائى. وعن ابن مسعود قال : « لعن رسول الله ﷺ آكل الربا وموكله وكاتبه وشاهديه » أخرجه أبو داود والترمذى وأخرج مسلم عن جابر مثله إلا قوله وموكله .

ونحوه . قيل : وما أحل في شريعة قط. قال الله تعالى (وأخذهم الربا وقد نهوا عنه) « مسألة » وقد نص ﷺ في تحريم التفاضل على ستة حيث قال « لا تبيعوا الذهب بالذهب » الخبر ونحوه وأجمع عليها «مسألة» (هاء) والتحريم لمعنى فيهافيقاس عليها(د و نفاة القياس) بل لأعيانها فلا قياس . قلنا :القياس الحجة شرعية كما مر « مسألة» (مجميعا حص) وعلة التحريم اتفاق الجنس والتقدير، إذ نبّه على ذلك ﷺ بقوله « ولا صاعا بصاعين» وقوله (إلا كيلا بكيل) ونحوهما . ثم قال « وكذلك الموزون » (يب قش) بل مع الطعم فيما عدا التقدير (قش) بل الطعم والجنس فقط لقوله ﷺ «لا تبيعوا الطعام بالطعام»الخبر (ك) بل الجنس والتقدير والاقتيات أو الصلاحية له كالملح

(قوله) « لا تبيعوا الذهب بالذهب » الخبر ونحوه . عن أبي سعيد أن رسول الله ﷺ قال «لا تبيعوا الذهب بالذهب، ولا الورق بالورق، إلا وزنا بوزن مثلا بمثل ،سواء بسواء» هذه من روايات مسلم . وفي أخرى له و للبخاري والموطأ أن رسول الله ﷺ قال«لا تبيعوا الذهب بالذهب إلا مثلا بمثل ، ولا تشفوا بعضها على بعض، ولا تبيعوا الورق بالورق إلا مثلا بمثل ولا تشفوا بعضها على بعض. ولا تبيعوا منها غائباً بناجز »وفي أخرى لمسلم قال قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يداً بيد، فمن زاد أو استزاد فقد أربى، الآخذ والمعطي فيه سواء»وعن عبادة بن الصامت قال قال رسول الله ﷺ «الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يداً بيد ، فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كما شئتم ، إذا كان يداً بيد» هذا طرف من إحدى روايات حديث أخرجه الستة إلا البخاري والموطأ . وفي ذلك أحاديث أخر .

(قوله) «ولا صاعا بصاعين» وقوله« إلا كيلا بكيل» ونحوهما . عن أبي سعيد قال : كنا نرزق تمر الجمع على عهد رسول الله ﷺ ، وهو الخليط من التمر ، فكنا نبيع صاعاً بصاعين فبلغ ذلك رسول الله ﷺ فقال « لا صاعين تمراً بصاع ولا صاعين حنطة بصاع ولا درهما بدرهمين» وفي رواية قال: جاء بلال إلى رسول الله ﷺ بتمر برني فقال له النبي ﷺ : من أين هذا؟ فقال بلال : كان عندنا تمر ردىء فبعت منه صاعين بصاع لمطعم النبي ﷺ ، فقال النبي ﷺ عند ذلك «أوه ، عين الربا عين الربا ، لا تفعل ولكن إذا أردت أن تشتري فبع التمر بيعاً آخر ثم اشتر به» أخرجه البخاري ومسلم . وعن عثمان بن عفان أن رسول الله ﷺ قال — وفي رواية — قال لي «لا تبيعوا الدينار بالدينارين ، ولا الدرهم بالدرهمين» أخرجه مسلم والموطأ . وفي ذلك روايات وأحاديث أخر ليس في شيء منها لفظ إلا كيلا بكيل والله أعلم .

(قوله) « لا تبيعوا الطعام بالطعام » الخبر . ليس في أحاديث الجامع لكن في رواية لمسلم عن معمر بن عبد الله « كنت أسمع رسول الله ﷺ يقول : الطعام بالطعام مثلا بمثل» .

والأوبياء إذ نص ﷺ على المقتات فقط . قلنا: قد نص على المكيل والموزون (عه) بل اتفاق الجنس ووجوب الزكاة ، إذ نص ﷺ على ما تجب فيه فتحرم شاة بشاتين ونحوه . قلنا : بل الظاهر اعتبار الكيل والوزن ، ولأنه ﷺ «اشترى عبداً بعبدين» (سعيد) بل العلة تفاوت المنفعة، فيحرم التفاضل بين الزبيب و التمر، والبر والشعير، والذرة والدخن . قلنا : لم ينبه ﷺ على ذلك (ابن شبرمة) بل اتفاق الجنس فقط ، فيحرم فرس بفرسين ونحو ذلك . قلنا : والتقدير لتنبيهه ﷺ عليه (فرع) (هب قش) فتجوز رمانة برمانتين، وشعيرة بشعيرتين إذ لا تقدير (ش) لا ، لحصول الطعم . و يحرم التفاضل فى الجص والنورة عندنا لا عنده (ش) علة التحليل الكيل فلا يتعلق به التحريم . قلنا : التحليل بالمساواة فيه، والتحريم بعدمها، فاختلف الوصف. قالوا: التعليل بالطعم يعم المنصوص عليه كالحبة والحبتين. قلنا: قال رسول الله ﷺ «كيلا بكيل» فخرج الحبة والحبتان. ونحوه «مسألة» ويحرم التفاضل مع النَّساء إجماعا لما مر، ولقوله ﷺ «إلا يداً بيد» و« إلا هاوها» (ه جميعاها) وكذا مع النقد وهو قول ثلاثة عشر من الصحابة ولقوله ﷺ « إلا مثلا بمثل، ولا تبيعوا غائبا منهما بناجز » ونحوه (ع. ابن الزبير أسامة بن زيد زيد بن أرقم) بل يجوز درهم بدرهمين نقداً و نحوه ، لقوله ﷺ «لاربا إلا فى النسيئة» قلنا: خبرنا أصرح وأشهر فيحمل ،

(قوله) «ولأنه ﷺ اشترى عبداً بعبدين» عن جابر قال : «جاء عبد فبايع النبى ﷺ على الهجرة ولم يشعر أنه عبد ، فجاء سيده يريده ، فقال له النبى ﷺ بعنيه ، فاشتراه بعبدين أسودين ، ثم لم يبايع أحدا بعد حتى يسأل أعبد هو أم حر» أخرجه مسلم والترمذى والنسائى . واختصره أبو داود فقال « إن النبى ﷺ اشترى عبداً بعبدين » .

(قوله) « إلا يداً بيد » تقدم ما يتضمنه .

(قوله) « الا هاوها » عن عمر بن الخطاب قال قال رسول الله ﷺ « الذهب بالذهب ربا إلا هاوها ، والورق بالورق ربا إلا هاء وهاء ، والبر بالبر ربا إلا هاء وهاء، والشعير بالشعير ربا الا هاوهاء ، والتمر بالتمر ربا الا هاوهاء ، وفى رواية: « الذهب بالورق ربا إلا هاوهاء» أخرجه البخارى ومسلم .

(قوله) « إلا مثلا بمثل » الخ . تقدم .

(قوله) « لاربا الا فى النسيئة» سيأتى لفظه . وعن أسامة بن زيد أن النبى ﷺ قال : «الربا فى النسيئة» وفى رواية «إنما الربا فى النسيئة» وفى أخرى «لا ربا فيما كان يداً بيد» أخرجه البخارى ومسلم والنسائى .

خيبركم على المختلف جنسا ، لرجوع (ع) إلى مثل قولنا (فرع) وفى انعقاد الإجماع بعد الخلاف نزاع موضعه الأصول وقد مر « مسألة » (ه حص) والعلة فى النقدين الجنس والتقدير لما مر ولقوله «كذا الموزون» و (ش) بل النقدية فلا تتعدى (الطبرى) بل تتعدى إلى الفلوس، بجامع كونهما ﷺ الخ عنين ، وضعفه أ كثر (صش) اندور كون الفلوس ثمنا، ولا حكم للنادر . قلنا : علتنا أرجح لتعديها والتنبيه عليها . قالوا : يلزم أن لا يشترى موزون بهما نساء ،وأن لا يسلما فيه . قلنا : جوزه الإجماع ، والقياس المنع «مسألة» و يحرم التفاضل بين الوضح[1] إجماعاً لما مر (ه جميعاً قين) وكذا بين الوضح والمصوغ ، إذ نهى ﷺ عنهما فى خبر أبى الدرداء لمعاوية وزجره (عك) المصوغ مخالف

(قوله) « لرجوع ابن عباس إلى مثل قولنا » عن أبى نضرة قال سألت ابن عمر وابن عباس عن الصرف فلم يريا به بأساً ، فانى لقاعد عند أبى سعيد الخدرى فسألته عن الصرف فقال مازاد فهو ربا ، فأنكرت ذلك لقولهما ، فقال : لا أحدثك إلا ما سمعت من رسول الله ﷺ جاءه صاحب نخلة بصاع من تمر طيب ، وكان تمر النبى ﷺ هذ اللون ، فقال له النبى ﷺ « أنى لك هذا ؟ قال انطلقت بصاعين فاشتريت بهما هذا الصاع ، فان سعر هذا فى السوق كذا ، وسعر هذا كذا . فقال رسول الله ﷺ :أربيت ، إذا أردت ذلك فبع تمرك بسلعة ثم اشتر بسلعتك أى تمر شئت . قال أبو سعيد فالتمر بالتمر أحق أن يكون ربا؟ أم الفضة بالفضة؟ قال فأتيت ابن عمر بعد فنهانى ولم آت ابن عباس قال فحدثنى أبو الصهباء أنه سأل ابن عباس عنه بمكة فكرهه» وفى الحديث روايات أخر قال: فى بعضها قال أبو سعيد: سألته ـ يعنى ابن عباس ـ فقلت سمعته من النبى ﷺ أو وجدته فى كتاب الله فقال كل ذلك لا أقول وأنتم أعلم برسول الله منى. ولكن حدثنى أسامة بن زيد أن رسول الله ﷺ قال « لا ربا إلا فى النسيئة » .

(قوله) « وكذلك الموزون » لفظه عن أبى سعيد وأبى هريرة « أن رسول الله ﷺ استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر خبيث فقال له :أكل تمر خيبر هكذا ؟ قال إنا لنأخذ الصاع بالصاعين والصاعين بالثلاثة . قال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيباً » وقال فى الميزان مثل ذلك هذه رواية البخارى ومسلم والموطأ والنسائى .

(قوله) « فى خبر أبى الدرداء لمعاوية » عن عطاء بن يسار قال: إن معاوية بن أبى سفيان باع سقاية من ذهب أو ورق بأكثر من وزنها فقال أبو الدرداء سمعت رسول الله ﷺ «نهى عن مثل هذا إلا مثلا بمثل . فقال له معاوية : ما أرى بمثل هذا بأساً فقال أبو الدرداء من يعذرنى من معاوية ، أنا أخبره عن رسول الله ﷺ ويخبرنى برأيه ، لا أساكنك بأرض أنت . بها ثم قدم أبو الدراء على عمر بن الخطاب فذكر ذلك له ، فكتب عمر إلى معاوية ألا تبيع ذلك الا مثلا « بمثل وزناً بوزن» هذه رواية الموطأ .

(١) حلى من الفضة ويجمع على أوضاح

للوضح فيهما كالجنسين . قلنا : لا نسلم . وقد أنكر أصحاب (ك) الرواية عنه « مسألة » (ه حص) ومالا يكال ولا يوزن ، جاز التفاضل فيه ، كرمانة برمانتين . ، يحرم النَّساء ، لقوله ﷺ «لا ربا إلا فى النَّسيئة » فعم . إلا ماخصه دليل (ش) يجوز النَّسا فى غير المطعوم ، كعبد بعبدين. إذ «كان ﷺ يأخذ البعير ببعيرين إلى إبل الصدقة» ولفعل على عليه السلام وابن عباس . قلنا: معارض بنهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان ، فحمل على أنهم اقترضوا بالوصف ، والقرض خلاف البيع. قلت :وفيه نظر« مسألة »(ه ش) فان اتفقا جنساً وتقديراً ، أو فى أحدهما اشترط التقابض فى المجلس، لقوله ﷺ « إلا يداً بيد » ولقوله ﷺ « والتمر بالملح يداً بيد كيف شئتم »(حص) لا يشترط فيهما كالثياب والعبيد . قلنا : اختلف الجنس هنا ، ولا تقدير فافترقا . ولقوله ﷺ « البر بالبر

(قوله) « إذ كان ﷺ يأخذ البعير بالبعيرين إلى ابل الصدقة » عن ابن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ أمر أن يجهز جيشاً فنفدت الابل فأمره أن يأخذ من قلائص الصدقة ، فكان يأخذ البعير بالبعيرين إلى إبل الصدقة » أخرجه أبو داود .

(قوله) « ولفعل على عليه السلام وع» عن على أنه باع جملا له يدعى عصيفيراً بعشرين بعيراً إلى أجل» أخرجه الموطأ . وعن ابن عمر أنه اشترى راحلة بأربعة أبعرة مضمونة عليه يوفيها صاحبها بالربذة(1) » أخرجه الموطأ . وأخرجه البخارى فى ترجمة باب ولم يذكر فى الجامع شيئاً عن ابن عباس فى ذلك والله أعلم .

(قوله) « قلنا معارض بنهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسأ » عن سمرة بن جندب قال «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة » أخرجه الترمذى وأبو داود والنسائى . وعن جابر قال قال رسول الله ﷺ لا يصلح الحيوان اثنان بواحد نسيئة ولا بأس به يداً بيد » أخرجه الترمذى .

(قوله) « والتمر بملح يداً بيد كيف شئتم » لفظه فيما أخرجه الترمذى من رواية عبادة ابن الصامت يرفعه : « بيعوا الذهب بالفضة ، كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا البر بالتمر كيف شئتم يداً بيد وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد » انتهى ولم يذكر الملح والله أعلم .

(قوله) « البر بالبر ربا الا هاوهاء » تقدم . ونحوه كثير .

---

(1) محل خارج المدينة

ربا إلا هاء وهاء » ونحوه . وقول عمر لطلحة : لاتفارقه حتى تعطيه ورقه «مسألة» ويحرم بيع النسيئة بالنسيئة ، كبعنى ثوباً فى ذمتك صفته كذا إلى شهر كذا بدينار فى ذمتى لنهيه ﷺ « عن بيع الكالىء بالكالىء » وهو بيع الدين بالدين « مسألة » (زهق ن) والاعتبار بعادة البلدان فى المكيل والموزون، إذ ورد تحريم التفاضل فيهما مطلقاً ، فاعتبر بعادة كل جهة فيما يكال أو يوزن ، كاعتبار نقد البلد فى الأثمان، والرطل والمن (م ى عش) بل العبرة بعادة المدينة فى المكيل وبمكة فى الموزون. لقوله ﷺ « المكيال مكيال المدينة ، والميزان ميزان مكة » ولا يحتمل سوى ما ذكرنا (ح) بل ما كان مكيلا أو موزونا فى عهده ﷺ اعتبر به الخبر ، وما لا فبالعرف ، إذ لا نص . قلت : الخبر لا يقتضى بظاهره ما ذكروه ، ولعله ﷺ أراد أنه يرجع إليهما عند اللبس، فاذا أطلق القفيز أو الرطل والتبس مقدارهما ، رجع إلى قفيز المدينة ورطل مكة ، إذ هما منشأ ذلك . فهذا أقرب إلى ظاهر الخبر (فرع) فان اختلف التقدير اعتبر بالأغلب فى البلد . فإن لا خبر ، كتعارض الامارتين.

(قوله) « وقول عمر لطلحة » الخ . فى رواية للبخارى قال مالك بن أوس بن الحدثان(١) النضرى أنه التمس صرفاً بمائة دينار، قال فدعانى طلحة بن عبيد الله فتراوضنا حتى اصطرف منى وأخذ الذهب يقلبها فى يده ، ثم قال حتى يأتينى خازنى من الغابة ، وعمر بن الخطاب يسمع فقال عمر : والله لا تفارقه حتى تأخذ منه ، ثم قال قال رسول الله ﷺ « الذهب بالورق ربا إلا هاوها» وذكر الحديث مثل الرواية التى تقدمت عن عمر . وفى رواية لمسلم والترمذى قال مالك أقبلت أقول : من يصطرف الدراهم فقال طلحة بن عبيد الله وهو عند عمر بن الخطاب : أرنا ذهبك ثم إئتنا إذا جاء خازننا نعطيك ورقك . فقال عمر : كلا والله لتعطينه ورقه أو لتردن عليه ذهبه ، فان رسول الله ﷺ قال « الورق بالذهب ربا إلا هاوها » ولأبى داود والنسائى نحو الأولى .

(قوله) « لنهيه ﷺ عن الكالىء بالكالىء » حكاه فى أصول الأحكام عن ابن عمر عن النبى ﷺ ، ونسبه فى التلخيص إلى الحاكم والدارقطنى . وحكى تضعيفه عن أحمد وغيره ، قال أحمد : ليس فى هذا حديث يصح لكن إجماع الناس على أنه لا يجوز بيع دين بدين انتهى .

(قوله) « المكيال مكيال المدينة ، والميزان ميزان مكة » لفظه عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « الوزن وزن أهل مكة ، والمكيال مكيال أهل المدينة » وفى رواية « وزن المدينة ومكيال مكة » أخرجه أبو داود والنسائى . وأخرجه النسائى أيضاً عن ابن عباس مرفوعاً .

---

(١) بفتح الحاء والدال المهملتين ثم ثاء مثلثة آخره نون

فصل

والحبوب أجناس ، وقد مر خلاف (ك) فى كون البر والشعير جنساً واحداً ، وتحت كل جنس أنواع ، وكذا الثمار . ويحرم التفاضل بين النوعين لاتفاق الجنس «مسألة» فاذا اختلفا جنساً وتقديرا ، جاز التفاضل والنسأ ، لقوله ﷺ « إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم » وفى إحدهما أو لا تقدير لهما ، التفاضل فقط . لما مر ، ويجوز بيع البر بالعلس منسأ متفاضلا ، إذ هما جنسان فى الأصح (ى) وكل شيئين اشتركا فى اسم خاص فجنس واحد كانواع البر «مسألة» (هش ك فو) ويحرم بيع الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، والحب المبلول والمقلو بجنسه يابساً ، إذ لا يعلم التساوى . ولقوله ﷺ « أينقص إذا جف » الخبر (ح) تساويا كيلا فتماثلا ، ولا يضر النقصان من بعد . قلنا : الخبر يقتضى أن توهم النقصان من بعد مانع (م) ويجوز بيع الرطب بالرطب ، والعنب بالعنب ، كيلا ووزناً ، لقلة التفاوت (ى) والمقلو بالمقلو كذلك «مسألة» (م محمد أبو جعفر) ويحرم التفاضل بين القطن والغزل (ص ف) يجوز . قلنا : متفقان جنساً وتقديراً «مسألة» (هحص) ولحوم الأجناس أجناس ، كأصولها (ش) بل جنس واحد ، كأنواع العنب. قلنا : هذه فروع أجناس مختلفة فافترقا (فرع) والإبل جنس ، والبقر — ولو وحشية — أو جواميس، جنس ، والضأن والمعز جنس . وكذا الظباء فى الأصح . والأوعال جنس وقيل : من جنس. الغنم والصيود أجناس ، من طير أو غيره . والسمين والعجف من الجنس جنس . وشحم الإلية جنس . والكبد والطحال والمعا والكرش والكلية والرئة والقلب أجناس مختلفة (ك ى) لا يباع اللحم بالشحم متفاضلا ، لاتصاله بالحيوان ، فأشبه عضوا منه.قلت : وهذا التعليل يقتضى

(قوله) « أينقص الرطب إذا جف » الخبر. حكى فى أصول الأحكام عن زيد أبى عياش[1] عن سعد بن أبى وقاص قال : « شهدت رسول الله ﷺ سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال ﷺ أينقص الرطب إذا جف ؟ قالوا : نعم ، قال : فلا إذن » انتهى. وقد ذكره فى التلخيص بمعناه ونسبه إلى مالك والشافعى وأحمد وأصحاب السنن وغيرهم .

---

(١) هو زيد بن عياش الزرقى أبو عياش المدنى عن سعد وعنه عمران بن أبى أنس له عندهم فرد حديث . اهـ خلاصة

النعميم . قلنا : اللحم غير الشحم اسماً وصفة (ح) شحم البطن والإلية جنسان . قلنا : مشتركان في الاسم والصفة ، كأنواع البر (ح) و يصح النيء بالمطبوخ ، والعكس مثلا بمثل (ش) لا كالحنطة قلت : وهو الأقرب المذهب (ك) يجوز ولو متفاضلا، إذ صارا كالجنسين . قلنا :لا نسلم «مسألة» (ه ش) ولا يحل بيع لحم بحيوان مأكول ، لنهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان (ح ف) يجوز لعموم (وأحل الله البيع) قلنا : مخصص بالنهى (مد) إن غلب اللحم جاز ،ليقابل الزائد الجلد لنا : الخبر « مسألة » (ه ك قش مد) ويجوز بحيوان غير مأكول ، لاختلاف الجنس ، فلا ربا . والمأكول المختلف خصه ما سيأتى (قش) الخبر عام . قلنا : والعلة اتفاق الجنس . فأما لحم بقر بشاة فيحرم عندنا . و (قش) الخبر (قش) يجوز لاختلاف الجنس كلحم بثوب . قلنا : قال (١) «لا يصلح ذلك » ولم ينكر « مسألة » (ه) ولحوم البحرية أجناس كلحوم البرية (قش) بل جنس ، إذ يقال لجميعه : لحم حوت . قلنا : لا نسلم . ولا يباع لحمه بحيوان لما مر «مسألة » والألبان والأدهان أجناس كأصولها : من سمن وودك وغيرها ، فيدخلها الربا ، و يوافقنا (ش) فيما يؤتدم بها منها ، لا في غيره ، كدهن البان للطيب ، والقرطم للاستصباح ، واللوز للدواء . فان صحب أحد المتفقين غيره ، غلب المنفرد « مسألة » ولا يجوز بيع حليب مغلى بنيء ، إذ ينعقد المغلى فلا تساوى ، كالمقلو باليابس (هب قين) ولا السمن بالزبد ، لنقصان الزبد بالاذابة ، وكذا المخيض بالحليب لخلطه بالماء (هب) فأما الزبد بالأقط أو الجبن ، فيجوز (ش) لا . قلنا : لم يتفقا جنساً وتقديرا . و يجوز الجبن بالمخيض لاختلافهما بالتقدير . لا الرائب بالرائب ، إلا مثلا بمثل ، مالم يخلط بماء . والجبن بالجبن أو الأقط اعتبارا . إذ لابد فيه من الأنفحة والملح . قلت :

(قوله) « لنهيه ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان » حكاه فى الشفاء وأصول الأحكام ونسبه فى التلخيص إلى مالك وضعفه .

(قوله) « خصه ما سيأتى » هو الحديث الذى يليه .

(قوله) « قال أبو بكر لا يصلح » حكى فى الشفاء عن ابن عباس أن جزوراً نحر على عهد أبى بكر فجاء رجل بعناق فقال أعطونى جزءاً بهذه العناق ، فقال أبو بكر : لا يصلح هذا . وكان بحضر الصحابة ، ولم يخالفه أحد منهم .انتهى . وقد ذكر نحوه فى التلخيص ونسبه إلى الشافعي فى الأم ،عن ابراهيم بن أبي يحيى عن صالح مولى التوأمة . عن ابن عباس. انتهى . ولعله أصح مما حكاه فى أصول الأحكام أن ذلك كان على عهد النبي ﷺ والله أعلم .

وكذلك الزبد بالحليب ، أو الرائب أو اللبا اعتبارا ، ومثله الزيتون بالزيت « مسألة » (يه ش) ولا يباع دقيق بدقيق من جنس . إذ لا يتيقن التساوي ،لاختلافهما نعومة وخشونة (م ى البو يطى فى ك مد) يجوز مثلا بمثل . قلنا : لا مماثلة (حص) إن اتفقا نعومة وخشونة جاز ، و إلا فلا . قلنا : تحقق التساوى متعذر ، والتفاوت غير يسير « مسألة » (يه قين ث حماد) ولا يباع البر بدقيقه ، ونحو ذلك لما مر (ك ابن شبرمة) يجوز للتساوى فى الكيل . قلنا : القصد تساوى الأجزاء لظاهر الخبر (عى مد حق) يجوز وزناً لمعرفة التساوى . قلنا : مكيل ، فلا عبرة بوزنه قلت . وفيه نظر (ثور) اختلاف الصفة كاختلاف الجنس ، فيجوز متفاضلا . قلنا : لا نسلم . لمخالفته الاجماع « مسألة » والسويق كالدقيق لما مر . (ك ف) يجوز سويق البر بدقيقه متفاضلا إذ هما كالجنسين . قلنا : لا نسلم « مسألة » ولا يباع العنب بعصيره ، ولا الجلجلان بسليطه ، إذ لا تساوى . قلت : إلا اعتبارا . ولا خل العنب بخل الخمر أو الزبيب ، لخلط الماء فيهما . ويجوز خل الخمر بعصير العنب متماثلا وعصير الرمان والتفاح ونحوهما أجناس . ولا يباع الشيء بالطبيخ من جنسه لما مر . « مسألة » والحلاوات أجناس : كالعسل والسكر ،وتحت الجنس أنواع كالبر . ولا يباع نيء بمطبوخ كما مر . وفى بيع بعض المطبوخ ببعض تردد : (ى) الأصح الجواز ، إن لم تفعل النار سوى إخلاصه « مسألة » والثياب سبعة أجناس : خز وحرير وكتان وقطن وصوف وشعر ووبر ، ويجوز فيها التفاضل إجماعاً ، لا النَّساء إلا سلما (هب) وكذلك المعدودات (ش)لا.« مسألة » (ع ط حص) ويجوز حفنة بحفنتين ، وبرة ببرتين ، لعدم الكيل والوزن (ش ث) لا ، إذ خبر التحريم عام . قلنا : أراد مايكال فى العادة ، لقوله ﷺ « كيلا بكيل » والمطبوعات أجناس : ذهب وفضة ورصاص وحديد ونحاس ، والهندوان نوع من الحديد . والشبة نوع من النحاس . ولا تفاضل فى قليل الموزونات بخلاف المكيل . والرياحين والبقول أجناس .

فصل فى مسائل الاعتبار

« مسألة » (ه حص) ويجوز بيع جنسين ربويين مختلطين متفاضلين ، اعتباراً لمقابلة كل

جنس الجنس الآخر المخالف له لعموم (وأحل الله البيع) (شص) لا، لعموم قوله ﷺ «لا حتى يميز» الخبر . قلنا : محمول على أن المنفرد لم يكن غالباً ، جمعاً بين الأدلة (فرع) (ه)ولا يباع الزبد بالرائب ، إلا حيث زبد الرائب أقل (ه حص) وكذا مد عجوة ودرهم ،بمدين عجوة (ش) لا . لنا ما مر (ح) ولو باع قرطاساً فيه درهم بمائة درهم صح اعتبـاراً . فأما قرطاس فيه مائة درهم بمائة درهم فلا ، إذ يعرى القرطاس من الثمن ، أو يتفاضل الصرف (م) ولا يعتبر كون للقرطاس أو نحوه قيمة ، إذ كان جنسه مما يقوم وقيل : بل يعتبر ، إذ وجود مالا قيمة له كعدمه. وكذا سيف مفضض أو مذهب بذهب لا يغلب المنفرد ، وكذا الحنطة الخالصة بحنطة مشوبة ، بشعير أو حنذرة ، إلا حيث الخلط يسير ، لا يعتد به في الكيل ، بخـلاف الوزن . وكذا عسل مصفى بعسل فيه شمع « مسألة » (م ط حص قش) ويجوز بيع بر ببر في سنبله اعتباراً (ش) لا ، حتى ينفصل عن سنبله ، لنهيه ﷺ عن بيع الحب حتى يشتد وحتى يبيض . قلنا : يحصلان في سنبله «مسألة» (لك الطحاوى) ومن باع ثوباً بدينار إلا درهماً أو إلا صاعا ، فسد إن قصد إخراج ما يساوي درهماً أو صاعا من الدينار (بعصش) إلا حيث الصرف معلوم . قلت : وهو المذهب فان جعل إلا بمعنى مع، صح . فان جهل قصده صح ، لتردده بين وجهي صحة وفساد ، والأصل الصحة (بعصش) بل يحتمل تقديره : بعتك هذا الثوب ، والدرهم بدينـار ، فيصح . قلت : هذا التقدير لا يقتضيه اللفظ (أكثر صش) و (صح) بل يفسد مطلقا ، لتردده بين الجهالة في الثمن والتخيير فيه . قلنا : لا جهالة حيث جعلت إلا بمعنى مع (ى) يكره فقط للشجار . قلنا :

(قوله) « حتى يميز » الخبر . عن فضالة بن عبيد قال : « أتى النبي ﷺ عام خيبر بقلادة فيها ذهب وخرز ابتاعها رجل بتسعة دنانير أو سبعة دنانير ، فقال ﷺ «لا حتى يميز بينه و بينه» فقال إنما أردت الحجارة وفي رواية البخاري فقال النبي ﷺ « لا حتى يميز بينهما » . قال فرده حتى ميز بينهما هذه الرواية لأبي داود ، وفيه روايات اخر نحوها له ولمسلم والترمذي والنسائي .

(قوله) « لنهيه ﷺ عن الحب » الخ . عن « أنس أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود ، وعن بيع الحب حتى يشتد » أخرجه الترمذي وأبوداود . وعن ابن عمر « أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو ، وعن السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة ، نهى البائع والمشتري » أخرجه مسلم وابو داود والترمذي والنسائي .

لاشجار حيث هي بمعنى مع (ى) ان قدر استثناء الدرهم من الدينار أفسد للجهالة ،وان قدر منقطعا صح ولغا الاستثناء . قلنا : لا بد له من فائدة « مسـألة » و يصح بيع العجين بالحنطة و بالخبز اعتباراً متفاضلا (الحنفية) و يجوز النَّساء إذ الصنعة عندهم ضروب : غير موثرة، كصنعة الذهب والفضة ، ومؤثرة فى جواز التفاضل لا النَّساء كصنعة الحديد ، ومؤثرة فى جوازهما وهى فيما لا يمكن معه العود إلى الحالة الأولى كالحب بالعجين والخبز « مسألة » ويصح بيع الأرض المزروعة بحب من جنسه اعتباراً، ومن غير جنسه مطلقا،وكذا ماأشبهه«مسألة»ويجوز بيع المعجون المركب كالخبيص العسلى والغالية ومعجون الورد واللباب بمثله وإن تفاضلا اعتباراً . وحيوان فيه حليب بحليب، أو فيه بيض ببيض اعتباراً «مسألة» والتراب الأبيض والأسود والأصفر أجناس،وحكمه فى الربا مامر(ش) لا ربا إلا فى الخراسانى ، إذ قد يؤكل تفكها . لنا : مامر «مسألة » (به ش ك مد ف)ولايحل الربا فى دار الحرب إذلم يفصل الدليل (ن حص) يجوز بين من أسلم هناك ولم يهاجر و بين الذميين ، و بين مسلم وذمى، إذ هى دار إباحة · قلنا : بين أهل الحرب وفيما يؤخذ قهراً «مسألة» (خب) و يندب لمن باع مكيلا أن لا يشترى بالثمن قبل قبضهمكيلا من جنسه (ى) بعدا من تهمة الربا «مسألة»وتحرم المزابنة إجماعا ورخص فى العرايا (ق ع ك ح)وهى بيع الرطب على النخل بخرصه تمراً فيما دون خمسة أوسق لخبر (ه) «رخص فى العرايا فيما دون خمسة أوسق» ووجهه التوسعة للفقراء الذين لا يجدون نقداً يشترون به رطبا (ف) بل كان الرجل يهب تمر نخله لغيره فإذا طاب كره الواهب دخول المتهب بستانه،لخروج حريم المالك إليه، فيشترى ماوهبه بخرصه تمرا لئلا يخلف وعده ، فرخص فيه النبي ﷺ (مح) بل ليس بيعا فى الحقيقة، إذ لم يملك المتهب لعدم القبض، فرخص فى أخذعوض مالم يملك ليفى بالوعد (شص) بل العرايا شراء الفقراء الرطب على النخل

(قوله) « لخبر أبى هريرة رخص فى العرايا» الخ . لفظه : عن أبى هريرة «أن رسول الله ﷺ رخص فى بيع العرايا بخرصها من التمر فيما دون خمسة أوسق» أخرجه الستة إلا النسائى . وعن زيد بن ثابت «أن رسول الله ﷺ رخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها من التمر » وفى رواية «رخص فى العرية يأخذها أهل البيت بخرصها تمراً يأكلونها رطباً» قال يحيي بن سعيد والعرية النخلة تجعل للقوم فيبيعونها بخرصها تمراً . وقال فى أخرى « والعرية أن يشترى الرجل ثمر نخلات لطعام أهله رطباً بخرصها تمراً» هذه روايات البخارى ومسلم . ولكل من الباقين نحو من ذلك . وفيه أحاديث أخر .

بخرصه تمراً ولا يفترقان حتى يتقابضا التمر بالكيل والرطب بالتخلية، لخبر سهل «نهى ﷺ عن بيع الرطب بالتمر» إلا أنه ﷺ رخص فى العرايا أن تباع بخرصها تمراً ليأ كلها أهلها رطباً. قلنا : هذا الخبر موافق لما ذكرنا ، ولا دليل على اشتراط التقابض (ى) ، بل العرايا جمع عرية (الجوهرى) هى النخلة التى يعرى بها صاحبها رجلا محتاجا، بأن يجعل له ثمرها عاما، من عراه إذا قصده (الأزهرى) بل النخلة التى يفردها الخارص لرب الحائط ليأكل منها و يتصدق لقوله ﷺ «لازكاة فى العرية» فلا ترخيص فيها بهذا المعنى ، إذ الترخيص ما أبيح ، وسبب التحريم فيه قائم . قلت : ظاهر الآثار الترخيص ، ولا موجب للعدول عنه ، وقول (ض زيد) مشتق من العارية ، غلط إذ لا يقتضيه الاشتقاق العربى « مسألة » (يه زين العابدين ن ص ى) ، و يحرم بيع الشىء بأكثر من سعر يومه لأجل النَّساء لقوله تعالى (وحرم الربا) والربا لأجل النَّساء ، من ربى يربو ، ولقول على عليه السلام : « سيأتى على الناس زمان » الخبر (زم قين) ، يجوز إذ هو بيع ، كلو كان نقداً قلنا : الزيادة لأجل النَّساء لا لأجل المبيع . (فرع) (يه ن) ، فأما الجملة بسعر التفاريق بنَساء فجائز ، إذ التفاريق هي الجملة . (فرع) (ط ى) وما فسد لأجل الربا فباطل لا يملك بالقبض ، للاجماع على بطلان الربا ، فلا يملك ربحه . قلت : فيه نظر. وما باعه بزيادة لا لأجل النَّساء صح « مسألة » ، وما أجمع على كونه ربا كدرهم بدرهمين نسيا فسق فاعله . ولا فسق مع الخلاف فى ظنى كربا الفضل والنَّساء .

باب الشروط المقارنة للعقد

فصل

يفسده صريحها إلا الحالى، ومن عقدها مااقتضى جهالة فى العقد أو المبيع أوالثمن أو رفع موجبه

(قوله) «لخبر سهل » الخ . لفظه عن سهل بن أبى حثمة أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع التمر بالتمر ، ورخص فى العرية أن تباع بخرصها يأكلها أهلها رطباً» هذه إحدى روايات حديث أخرجه البخارى و مسلم وغيرهما .

(قوله) « لازكاة فى العرية » هكذا روى ، والله أعلم .

(قوله) « سيأتى على الناس زمان » الخبر تقدم .

أو علقه بمستقبل أو لا تعلق له به ، وسنفصلها . «مسألة» (ه قين) فمن شرط خياراً مجهول المدة أو صاحبه ، فسد للجهالة فى العقد، لمنعه استقراره (ك) ، بل يصير الخيار لهما قدر مايختبر المبيع فى العادة، إذ أصل العقد الصحة لولا الجهالة، وقد أمكن رفعها بما ذكرنا . قلنا : العقد منطو على الجهالة حاله فيفسد للغرر (ابن شبرمة) ، بل يصحان ، ولا تضر الجهالة كالمهر . قلنا : ذكر العوض ليس شرطا فى النكاح فافترقا (لى) بل يلغو الشرط لقوله ﷺ « ما بال أقوام » الخبر . قلنا : فى الجهالة غرر وقد نهى عنه . « مسألة » ، ولو شرط إرجاح المبيع فسد للجهالة إلا قدراً معلوما (ع) ومنه كون البقرة لبيناً لجهالة المبالغة ، إذ معناه : على أن فيها لبناً كثيراً والكثرة مجهولة . « مسألة » (ن ى ش) ، ومن باع ثوبا من ثياب ، أو باعها إلا واحداً فسد مطلقاً ، لجهالة المبيع حال العقد (ع ح) إن كان واحدا من اثنين أو من ثلاثة صح ، كخيار الثلاثة الأيام، لخبر حبان، لا واحداً من أربعة فصاعداً (ك) إن تقاربت صفات الثياب وخير المشترى صح، إذ لا غرر. قلت: والأصح للمذهب أنه إن خير المشترى فى تعيين المبيع مدة معلومة صح ، إذ لا جهالة ، ومتى مضت المدة كاف التعيين لما سيأتى ، وقول (ح) مبنى على مذهبه فى الخيار وسنبطله . « مسألة » ولو شرط إرجاح الثمن فسد للجهالة ، إلا قدراً معلوماً أو تبرعا ، لقوله ﷺ «زن وأرجح» (تضى) ومنه أيضاً شرط الإنفاق من غلة المبيع ولو لمعلومين، لا من غير غلته إذا قدر وعين جنسه فيصح. ومنه بعت هذا بمائة دينار أو ألف درهم (ى) إلا أن يخيره مدة معلومة صح كالمبيع ، إن لم يمنع إجماع فى الثمن « مسألة » (ى هب) ومن باع ظرفا بما فيه على أنه مائة رطل ، والظرف خمسة أرطال بمائة درهم ، و يحط لمكان الظرف خمسة، صح ، فإن زاد وزن الظرف خير بين الفسخ والأخذ بالحصة كما مر فى الصبرة ، و إن نقص رد الزائد ، فإن لم يذكر وزن الظرف صح أيضاً ، وخير لمعرفة مقدار المبيع ، وكذا لو قال : وأحط لمكان الظرف بحسابه . وكذا لو قال : وأحط من الثمن خمسة دراهم ، فإن قال : وأحط قيمة خمسة أرطال فسد . لجهالة القيمة . « مسألة » ومن اشترى

باب الشروط المقارنة للعقد

(قوله) « ما بال أقوام » الخبر . تقدم .

(قوله) « لخبر حبان » سيأتى .

أرضاً على أن خراجها كذا ، صح وخير لفقد الصفة ، فإن شرط أن يكون المدفوع من خراجها كذا ، وكان خراجها أقل أو أكثر، فسد لتضمنه أن يؤدى البائع عن المشترى أو العكس ، الزيادة مدة مجهولة(ى وغيره) ،وكذا إن ساوى لتضمنه اشتراط منفعة لمشروط له مجهول. وقد نهى ﷺ عن بيع وشرط. ، فإن علما قدر الخراج وشرط أحدهما مدة ،معلومة صح، وكان كالزيادة فى الثمن ، أو النقص من المبيع . « مسألة » ، ولو قال: على أن تغل أو تحلب كذا شرطا فى المستقبل فسد للجهالة ، إذ لا استقرار لا على أنها تغل صفة فى المضى فيصح ، و يخير لفقد الصفة . قلت : وتعرُّفه بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول مايحتاج إليه. «مسألة» ، ولو قال على أن لاتنتفع فسد، إذ رفع موجبه. ومنه بقاء المبيع ولو رهناً ، لا رده ، و بقاء الشجرة المبيعة فى قرارها مدتها . (فرع) (ه ح قش) فإن شرط أن لايبيعه أو لايعتقه ، أو لا خسارة عليه ،فسد لرفعه موجب العقد (بص لى خعى قش) ، بل يلغو كلو شرط أن يعتقه . قلنا : هذا منع تصرف فافترقا (ابن شبرمة) بل يصحان لما مر. لنا:ماص. وعلى أن يفسخ إن شفع فيه مفسد إجماعاً .قلت :لرفعه موجب العقد،إذ فسخ البيع إلى الشفيع لا إلى المشتري ، ولنهيه ﷺ عن بيع وشرط «مسألة» (ط ص ح) فإن قال: على تأدية الثمن ليوم كذا و إلا فلا بيع، صح لتضمنه خيار المشترى إلى ذلك الوقت (ش) و (الوافى) لا، إذ نقض آخراً ما أثبته أولا قلنا : خيار لا نقض . « مسألة » (ع ى) ولو اشترى شيئا أو أكثر كل واحد بكذا ، على أنه بالخيار يرد ما شاء و يأخذ ماشاء ،صح إن عينت مدة الخيار ، إذ لاجهالة (ش الأزرقى لهب) لا ، إذ المبيع غير معلوم بمشاهدة ولا صفة . قلنا: بل بصفة ، وهى الاختيار (ع ح) إن عينت المدة وكان المبيع دون أربعة . لنا : ما مر « مسألة » ومالا تعلق له به ، كشرطين أو بتعيين فى بيع ، أو شرط يتضمن سلماً و بيعا ، أو سلفا و بيعا ، مفسد، لنهيه ﷺ عن بيع وشرط «مسألة» والتأجيل مدة مجهولة مفسد إجماعا «مسألة» وما فسد لكون ثمنه خمراً أونحوه ،أوالجهالة فى ثمنه ، أو لشرط لا يقتضى الربا ملك بالقبض، وما ثمنه ميتة أونحوها مما لا يملك بحال ، لم يملك بالقبض وكذا لولم يسم الثمن إلا عند (الجصاص) إذ البيع يقتضيه ، وان لم يذكر واستقر به (ى) للمذهب . قلت : والصحيح خلافه .

فصل

و يصح من الشروط مالا يقتضى الجهالة من وصف للعقد ، كخيار معلوم أو للثمن كتأجيله

أو المبيع كلى أنها لبون، أو تقل كذا صفة فى الماضى . قلت وتعرف بأول المستقبل مع انتفاء الضار وحصول ما يحتاج إليه ، أو يصح اقراره بالعقد ، كإيصال المنزل أو سكنى الدار المبيعة مدة معلومة ونحو ذلك وقد مر الخلاف فيه وما سوى هذه الشروط المفسدة والصحيحة فلغو « مسألة » (يه ثور) ومن باع عبداً على أن يعتقه المشترى صح العقد ولغا الشرط ، لشراء (عا) بريرة على أن تعتقها (حص حش) بل يبطلان لنهيه ﷺ عن بيع وشرط . قلنا : أراد مايقتضى الجهالة قالوا : أراد كشرط بيعه . قلنا : هما سواء فى إلغائه (ش ك) بل يصحان إذ أمر النبي ﷺ (عا) بالشرط . قلنا : وأبطله بعد . قالوا : لتقدمه على العقد . قلنا : الرواية أنها اشترتها على أن تعتقها ، فالشرط مقارن (فرع) (هب قش) وكذا من باع أمة على أن له الولاء ، أو أن لا يطأها المشترى قياسا (ح بعصش) اشتراط الولاء خاص بعائشة . قلنا : لا دليل (ن ح) اشتراط أن لا يطأها يرفع موجب العقد ، كلى أن لا يبيع . قلنا : امتناع الوطء لا ينافى الملك كالرضيعة فافترقا

(قوله) « لشراء عائشة بريرة على أن تعتقها » اعلم أن روايات شراء بريرة كثيرة جداً وأقربها إلى ماذكره فى الكتاب ما وقع فى إحدى روايات البخارى عن عائشة « أن بريرة دخلت عليها تستعينها فى كتابتها ، وعليها خمس أواقى نجمت عليها فى خمس سنين ، فقالت عائشة — ونفست فيها — أرأيت إن عددت لهم عدة واحدة ؟ أيبيعك أهلك فأعتقك ويكون ولاؤك لى ؟ فذهبت بريرة إلى أهلها فعرضت ذلك عليهم فقالوا : لا ، إلا أن يكون لنا الولاء . قالت عائشة : فدخل رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له ، فقال رسول الله ﷺ : اشتريها فأعتقيها فانما الولاء لمن أعتق » وفى بعض الروايات : « ثم قام فخطب الناس فحمد الله وأثنى عليه ثم قال : مابال أقوام يشترطون شروطاً ليست فى كتاب الله عز وجل ، يقول أعتق فلاناً والولاء لى ، كتاب الله أحق ، وشرط الله أوثق ، وكل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل — وإن كان مائة شرط » .

(قوله) « إذ أمر ﷺ عائشة بالشرط » ذكر فى بعض روايات الحديث المذكور مالفظه فقال رسول الله ﷺ « اشتريها فأعتقيها وليشترطوا ما شاءوا » قالت فاشتريتها وأعتقتها واشترط أهلها ولاءها ، فقال النبي ﷺ : الولاء لمن أعتق ، وإن شرطوا مائة شرط .

(قوله) « قلنا الرواية أنها اشترتها على أن تعتقها » قيل : روى إبراهيم عن الأسود عن عائشة أنها اشترت بريرة على أن تعتقها فاشترتها وأعتقتها » انتهى . وليست هذه الرواية فى الجامع والله أعلم .

قلت : وفيه نظر، وقول (ﻫ) يكره الوطء، وجهه قول (٢) لا تقربها وفيها شرط لأحد (ع) بل كـكراهة وطء المرتجمة من دون إشهاد «مسألة» (ﻫ) وندب الوفاء بالشرط و إن لغا، لقوله ﷺ « المؤمنون عند شروطهم» (ى) فإن امتنع من العتق المشروط فوجهان: يجبر، إذ قد لزمه، كلو نذر قلت : وفيه نظر ، ولا، إذ قد ملكه، وللبائع الفسخ إن شاء . والأول مبنى على أن العتق حق للعبد فلا يسقط بإسقاطه. والثانى على أنه حق للبائع فيسقط بإسقاطه (فرع)(ﻫ) و يرجع بما حط لأجل شرط يلغو لم يوف به (م) و يرجع بما حط من الثمن (ع) بل بما بين قيمته مشروطا عتقه ، وغير من دون اعتبار الثمن (ط) بل يحط من القيمة معتبراً بالثمن . قلنا : الظاهر قول (م) (فرع) (ى هب قش) فإن شرط عتقه بعد شهر لغا أيضا ، كلو أطلق (قش) بل يبطل العقد . لنا : ما مر. فإن شرط أن يقفه فـكالعتق إذ هو استهلاك .

باب الخيارات هي أنواع

فصل

(بعض ه بعض ها) وخيار المجلس قبل تفرق الأبدان مشروع فى كل عقد ولو مشاركة أو صلحا. لا النكاح إذ شرع لدوام العشرة، والخيار ينقضه، ولا الرهن لبقائه على ملك المالك ، ولا الهبة من غير عوض، ولا الصدقة إذ شرع لدفع الغبن ولا غبن فيهما . وفى الاجارة والاقالة والهبة على عوض والقسمة والشفيع تردد « مسألة » وهو قبل التفرق بالأقوال ثابت إجماعا (ز يه حص ل ك الثورى العنبرى الامامية) ولا خيار بعده اذ لزم البيع بنفس العقد فلا يثبت بعده إلا بشرط

(قوله) « لا تقربها وفيها شرط لأحد » عن ابن مسعود « أنه اشترى جارية من امرأته زينب الثقفية ، واشترطت عليه أنك إن بعتها فهى لى بالثمن الذى بعتها به فاستفتى فى ذلك ابن مسعود عمر بن الخطاب فقال له عمر «لا تقربها وفيها شرط لأحد» أخرجه الموطأ .

(قوله) « المؤمنون عند شروطهم» لفظ الحديث «والمسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراماً ». وسيأتى .

لقوله ﷺ « اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » ولم يفصل ونحوه (ة‍ى ء عم ره
ابو برزة) ثم (الشعبى بص ووطا هر صابا زين العابدين ن ساى عى .مد حق ثور ش)
قال ﷺ « البيعان بالخيار مالم يفترقا » ونحوه . قلنا : معارض بقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة
عن تراض) (أوفوا بالعقود) (وأشهدوا إذا تبايعتم) ولم يفصل ، ولا صرح فى خبركم بفرقة الأبدان
فحملناه على تفرق الأقوال ، جمعا بين الظواهر ، وظاهر خبركم أصرح إلا أنه يعضد ظاهرنا القطع
بأصله ، والقياس على النكاح والاجارة . قلنا : إن أجمع على صحة خبرهم فهو أقوى ، ولا يعارضه ماذكرنا
بل كالمطلق والمقيد ، والخبر أولى من القياس (فرع) (لهم) والتفرق المبطل للخيار مايسمى فى العادة
تفرقا ففى المنزل الصغير بخروج أحدهما ، وفى الكبير التحول من مجلسه بخطوتين أو ثلاث كفعل (عم)

باب الخيارات

(قوله) « إذا اختلف المتبايعان » الخ . لفظه فى الموطأ قال مالك : بلغه أن ابن مسعود كان يحدث أن رسول الله ﷺ قال « أيما بيعين تبايعا فالقول ما قال البائع أو يترادان » وفى رواية الترمذى عن ابن مسعود قال قال رسول الله ﷺ « إذا اختلف البيعان فالقول قول البائع . والمبتاع بالخيار » قوله ونحوه نراه كقوله ﷺ « من اشترى طعاماً فلا يبعه حتى يستوفيه » وأمثاله قال فى التلخيص : أما رواية التخالف فاعترف الرافعى فى التذنيب أنه لا ذكر لها فى شىء من كتب الحديث .

(قوله) « البيعان بالخيار ما لم يفترقا ونحوه » عن ابن عمر أن النبى ﷺ قال : « المتبايعان بالخيار فى بيعهما ما لم يفترقا أو يكون البيع خياراً » هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة وعن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ قال : « البيعان بالخيار ما لم يفترقا . أو قال : حتى يفترقا فان صدقا وبينا بورك لهما فى بيعهما ، وإن كذبا وكتما محقت بركة بيعهما » أخرجه الستة الا الموطأ . وفى ذلك أحاديث أخر .

(قوله) « لفعل (عم) » ذكر فى بعض روايات حديث ابن عمر الذى تقدم قال نافع « فكان ابن عمر إذا بايع رجلا فأراد ألا يقيله قام فمشى هنيهة ثم رجع » قلت : لكن فى حديث أخرجه أبو داود والترمذى والنسائى عن عمرو بن العاص أن رسول الله ﷺ قال « البيعان بالخيار ما لم يفترقا ، إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله » انتهى ويحتمل أن يكون قوله « ولا يحل أن يكون » مدرجاً فى الحديث من كلام الراوى ، والله أعلم .

فان قاما جميعا وذهبا معا فلهما الخيار مالم يفترقا ، لقضاء أبى برزة بذلك مستنداً الى قضاء رسول الله ﷺ فإن جعل بينهما حائط أو غيره لم ينقطع، ولا ينقطع بإمضاء أحدهما، و ينفسخ بفسخه ولا بإكراههما على التفرق، بل بهرب أحدهما،وان لم يرض الآخر،ولا بجنون أحدهما أو نحوه (ى) فإن استمر ناب عنه وليه ، وكذا لو خرس ولم تمكنه الاشارة. و يثبت الخيار للوكيل، فإن مات انتقل إلى الأصل فإن تقابضا ثم تبايعا صح الثانى ،إذ دخولها فيه ابطال للخيار فى الأول. فإن مات المتعاقدان انتقل إلى الوارث ، و إلا فالحاكم ، و يبطل الخيار بإبطالها إياه قولاً حال العقد أو بعده ، لا قبله أو فعلا كبيع المبيع أو اعتاقه ونحوه . والقول لمنكر التفرق والفسخ إذ الأصل عدمهما .

فصل

وخيار الشرط مشروع إجماعا لقوله ﷺ لحبان « ولك الخيار ثلاثا » « مسألة » ولا يصح

(قوله) « لقضاء أبى برزة بذلك » الخ . عن أبى الوضىء[1] قال: «غزونا غزوة فنزلنا منزلا فباع صاحب لنا فرساً بغلام ، ثم أقاما بقية يومهما وليلتهما ، فلما أصبحا من الغد حضر الرحيل فقام إلى فرسه يسرجه وندم ، فأتى الرجل وأخذه بالبيع ، فأبى الرجل أن يدفعه إليه ، فقال بينى و بينك أبو برزة صاحب رسول الله ﷺ ، فأتيا أبا برزة فى ناحية العسكر فقالا له هذه القصة فقال : أترضيان أن أقضى بينكما بقضاء رسول الله ﷺ ؟ قال رسول الله ﷺ « البيعان بالخيار ما لم يفترقا » وفى رواية أنه قال «ما أراكما افترقتما» أخرج الحديث أبو داود .

(قوله) « لقوله ﷺ لحبان ولك الخيار ثلاثاً » لفظه فى الشفاء « وروى أن رسول الله ﷺ قال لحبان بن منقذ لما كان يخدع فى البيع والشراء ولا يتركهما : من بايعته فقل لا خلابة وأنت بالخيار ثلاثا » انتهى . والذى فى الجامع عن ابن عمر أن رجلا ذكر لرسول الله ﷺ أنه يخدع فى البيوع، فقال النبى ﷺ من بايعت فقل لا خلابة »زاد فى رواية للبخارى« فكان إذا بايع قال لا خلابة » أخرجوه الا الترمذى ، وعن أنس أن رجلا كان يبتاع على عهد رسول الله ﷺ وفى عقدته ضعف فأتى أهله رسول الله ﷺ فقالوا : يا رسول الله احجر على فلان فانه يبتاع وفى عقدته ضعف، فنهاه فقال الرجل: إنى لا أصبر عن البيع قال: إن كنت=

---

(١) هو عباد بن نسيب بضم النون وفتح المهملة مصغر القيسى بالقاف أبو الرضى بمعجمة عن على وأبى برزة وعنه يزيد بن أبى صالح وبديل بن ميسرة وثقه ابن معين . اه خلاصة

شرطه قبل العقد إجماعا ، إذ هو كالصفة للعقد فلا يذكر قبل الموصوف . و يصح مقارنا إجماعا، إذ يصير كالجزء منه (يه حص) ويصح متأخرا لقوله تعالى (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) والبيع كالنكاح (ن ش) لا يلحق إلا في المجلس ، إذ المتأخر منفصل كالمتقدم . قلنا : هو صفة للعقد فامتنع تقدمه (فرع) والتأجيل والزيادة والنقص المعلومات في المبيع والثمن والخيار والأجل كالخيار في محل الاجماع والخلاف « مسألة » (يه فو لي عي) ويصح في شرط الخيار الزيادة على الثلاث لقوله ﷺ « إن لم تكن صفقة خيار » ونحوه ، ولم يفصل (ز ح ش فر) لا ، لقوله « ولك الخيار ثلاثا » قلنا: ثبتت الثلاثة بهذا والزيادة بخبرنا (ك) يصح قدر ما يختبر فيه المبيع في العادة إذ القصد رفع الخديعة. قلنا . إن كانت معلومة فوافق و إلا فلا للجهالة ، (ش فر) فإن زاد على الثلاث فسد العقد . إذ الزيادة كالمنهي عنها لقصره في الثلاث ، ولا يصححه إسقاطها من بعد (ح) بل يصححه إن سقطت قبل مضي المدة ، إذ تصير بها كأنها لم تكن الأصل . قلنا : الزيادة تصح للخبر و يصح دون الثلاث إجماعاً . (فرع) (الأكثر) فإن جهلت من مدته فسد العقد (لي) . بل يلغو الشرط (لح) و (ابن شبرمة) يصحان و يتأبد الخيار (ص) يصح حيث أطلقت وتكون ثلاثا ، و يفسد حيث ذكرت مجهولة ، لنا النهي عن بيع الغرر . « مسألة » (ه قين) و يصح شرطه لأيهما ، إذ هو صفة للعقد فاستويا فيه (ث ابن شبرمة) لا يصح شرطه للبائع ، فإن فعل فسد إذ القياس منعه مطلقا كالمقيد بمستقبل ، لكن أثبته الشرع للمشترى فبقي البائع على المنع . قلنا : بهو مقيس . « مسألة » (ه) و يصح لغيرهما ، إذ لا مقتضى

=غير تارك للبيع فقل : هاوهاء ولا خلابة ، أخرجه أبو داود والترمذي وكذا النسائي إلا أنه لم يذكر هاوهاء ، وليس في شيء من روايات الجامع ذكر الخيار ثلاثاً والله أعلم . وقد حكي في التلخيص عن الرافعي أن الروايات التي فيها ذكر الخيار ثلاثا ليست في كتب الحديث المشهورة وإنما هي في كتب الفقه. ثم حكى الحافظ ابن حجر عن الحميدي والحاكم وغيرهما من حديث ابن عمر ما لفظه في بعض الروايات «إذا ابتعت فقل : لا خلابة وأنت بكل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال» ونسب نحو ذلك إلى الدارقطني وابن ماجه وغيرهما من طريق آخر فيه مقال ثم قال : وأما رواية الاشتراط فقال ابن الصلاح منكرة لا أصل لها . وأراد برواية الاشتراط ما ورد في بعض الروايات « قل لا خلابة واشترط الخيار ثلاثاً » انتهى .

(قوله) « إن لم تكن صفقة خيار » الخ تقدم ما يتضمن معناه .

المنع (قش) لا ، إذ هو حكم للعقد فيفسد بجهله لغير العاقد ، كسائر أحكامه قلنا : قد يتعلق بالأجنبي غرض كخبرته ، فلو اشترى عبداً على أن للعبد الخيار صح كالأجنبي ، فإن قال : على أن أستأمر أبي لم يرده حتى يستأمره . قلت : وفيه نظر إن قلنا يتبعه الجاعل . (فرع) ويتبعه الشارط إذ لا يعقل ثبوته للأجنبي مستقلا لعدم العلقة ، بل بطريق النيابة (حش) لم يشترط له . قلنا : تضمنه شرطه للغير . قلت : ما لم يسقطه بشرط . و يبطل بموت شارطه فيتبعه المجعول له ، إذ هو كالنائب . « مسألة » (ى) ولا يصح إلى طلوع الشمس للجهالة ، إذ قد تحتجب ، و يصح إلى وقت طلوعها ، إذ هو معلوم ، وكذا إلى غروبها ، إذ معناه سقوط القرص . قلت : وفي الفرق دقة (فرع) فإن باع وقال : لاخلابة ، فإن علما أن معناه خيار الثلاث صح ، و إلا فلا خيار . (فرع) و يصح تفاضلهما في مدته حسب الشرط ، وأن يبطلاه بعد شرطه ، إذ شرطه إليهما ، فكذا قطعه « مسألة » (ى) وأول مطلقه وقت العقد كالأجل . « مسألة » (ه قين) ولا يكره تسليم الثمن في مدة الخيار (ك) يكره إذ يصير بعد التفاسخ في معنى سلف و بيع . قلنا : لانسلم . « مسألة » (ى) و يدخل الخيار في البيع ، والصلح بمعناه . وفي الإجارة وفي المهر ، وعوض الخلع حيث هو عين كالمبيع ، ولا يدخل في الصرف والسلم لشرط التقابض في المجلس و يبطلهما إن لم يبطل في المجلس و يبطل الشفعة مطلقا . ولا في الرهن إذ للراهن الخيار قبل القبض ، والمرتهن يفسخ متى شاء ولا في أي عقد جائز من كلا الطرفين ، ولا في وقف ولا عتق إذ هما إزالة ملك لقربة . ولا في نكاح إذ شرع للدوام والخيار ينقضه ، ولا القسمة إن جعلناها إفرازاً ، ولا التدبير . والكتابة كالعتق . وأما العبد فله الخيار في الكتابة حتى يوفي ولا الطلاق إذ لا يرتفع بعد وقوعه ، فنافى حكم الخيار . ولا الوصية إذ له الرجوع حتى يموت قلت : ولا في الهبة لصحة الرجوع فيها . و إلا فهي بيع ، ولا في النذر كالقرب . والأقرب دخوله في الرهن كما سيأتي . «مسألة» فإن حدث به عيب في مدة الخيار فأمضى بعد حدوثه وعلمه فلا فسخ بعد ، و إلا فله الفسخ في المدة لا بعدها ، إذ يكون كالحادث في يد المشتري . « مسألة »(يه فو لش) و إذا انفرد به المشتري ملكه ولا يطالب بالثمن قبل مضي المدة ، إذ قد انبرم من جهة البائع ، كلو لم يخير (ح لش) يخرج من ملك البائع ولا يملكه المشتري قبل مضي المدة ، و إلا ملكه و بدله ولا نظير له . قلنا : وجها الملك متغايران ، فالثمن لكونه ماله ، والمبيع بشرط انقضاء المدة (لش) بل موقوف . فإن فسخ المشتري انكشف أنه

لم يملكه . قلنا : بل ملكه لحصول سبب الملك وهو العقد ، وله نقضه بالشرط . (فرع) (هب قين) ، فإن تلف قبل الفسخ ضمنه المشترى (يه حص) بالثمن إذ قد تلف من ماله (ابن أبى هريرة) ، بل بالقيمة إذ الثمن عوض الباقى لا التالف ، ففيه القيمة كالغصب . قلنا : قد لزم الثمن بالعقد فتعين كلو بقى (فرع) ويعتق عليه ويشفع فيه ويتعيب فى يده من ماله على قولنا لا قولهم . « مسألة » (يه حص ش) ، فإن كان الخيار لهما أو للبائع فقط انعكست الأحكام ، إذ شرطه الخيار لنفسه دليل أنه لم يرض بانبرام خروجه عن ملكه . « مسألة » (ى) وإذا كان الخيار لهما فى الجارية فأعتقها المشترى فوجهان : أصحهما تعتق إذ قد ملكها المشترى . قلت الأقرب أنه لم يملكها فلا تعتق . « مسألة » والفوائد فيه لمن استقر له الملك ، لأنها كالجزء منه ، والمؤن عليه «مسألة» (حص) ومن اشترى عبداً بأمة والخيار له فأعتقهما عتقا ، كلو أعتق كلا على انفراده (شص) يعتق أحدهما فقط لا بعينه ، إذ لا يملك عتق الآخر بعد عتق الأول (الحداد والأكثر) ويتعين العبد إذ فيه تقرير لا قد (ابن الصباغ) ، بل الأمة إذ الفسخ أولى لكون العقد من أصله غير منبرم قلت : الأقرب للمذهب أن يمانعا إن أعتق بلفظ واحد ، ويحتمل أن المذهب كقول ابن الصباغ كما قلنا فى اتفاق وقت الفسخ ، والإمضاء من المشترى . « مسألة » ويصح الإمضاء فى غيبة الآخر إجماعا ، إذ يبنى عليه العقد (يه ح محمد) بخلاف الفسخ ، إذ يتعلق بحضور كل واحد منهما كالوديعة (لى ك ش فر) لا يعتبر رضاؤه فلا يعتبر حضوره كالطلاق . قلنا : هو برد الوديعة أشبه . قلت: وفيه نظر . «مسألة» (ه قين) ، ويلزم المبيع بمضى مدة الخيار من دون فسخ عاقلا ولو جاهلا (ك) لا ، حتى يقول: أمضيت. قلنا : لا يحتاج كمضى مدة الأجل.(فرع) فإن قال فى المدة لا أبيع حتى تزيد ، أو المشترى حتى تنقص .كان فسخاً ، وكذا لو طلب البائع حلول المؤجل أو المشترى تأجيل الحال . وبردته حتى انقضت مدة الخيار « مسألة » (ى) وبيع البائع ما له فيه الخيار نقض ، وبيع المشترى أيضاً ، فإن كان أمة فلمن له الخيار وطؤها ، فإن كان لهما فللبائع فقط ، فإن وطئها المشترى لزمه المهر والنسب وقيمة الولد ، وصارت أم ولد إذ له ملك فيها لكن ضعيف . قلت: فأشبه ملك الأب فى جارية ابنه «مسألة» وإذا تصرف من له الخيار فى المبيع أى تصرف لنفسه غير تعرف كالتقبيل والشفع والتأجير ونحوها ، فمن البائع فسخ إلا فى مبيع مسلوب المنافع مدة معلومة ومن المشترى إمضاء ، والوجه ظاهر «مسألة» (هب) ولا يورث خيار الشرط ، إذ الوارث لم يعقد

ولا شرط له، و يبطل خيار من مات منهما (ط) والحي على خياره إذ لا مقتضى لبطلانه (م) بل يبطل إذ هو حق واحد فلا يتبعض . قلنا : بل يتعدد بتعدد المستحق له مع اختلاف جهته (ك ش) بل يورث كخيار العيب . قلنا : العيب كالمال إذ هو جزء من المبيع فيورث ، والشرط رأى فلا يورث« مسألة »(ه) و ينتقل إلى وارث من ارتد ولحق بدار الحرب ، إذلو عاد كان على خياره بخلاف الموت، و إلى ولى من جن، فإن عقل في المدة رجع إليه و إلى صبي بلغ في المدة، والوجه ظاهر. فإن مضت مدة الخيار وهو غير عاقل لم يبطل خياره إذ مضت ، ولا حكم لقوله، بخلاف من مضت وهو مرتد، إذ لقوله حكم. فلو أبطله بطل فإن عقل وقد أبطله الولى أو أمضى نفذ لصحة تصرفه . وفى السكران الخلاف « مسألة » (ه ح ث) و إذا اختلف المشتريان بخيار فالقول لمن سبق ، إذ جعله لمن رد تفريق للصفقة أو إبطال مدة خيار الممضى فلا يجوز، كلو باع منه عبدين فقبل أحدهما ، (عن ش ك ف محمد لى البتى) موضوع خيار الشرط الرفق والمساهلة، فيكون القول لمن رد، مطابقة لمقصود الشرع . قلنا : جعل القول للسابق فيه توسط وعدل (ط) بخلاف العيب فالقول لمن رضى، إذ دخلا فيه على شرط السلامة، فرضا أحدهما استهلاك لحق صاحبه، بخلاف الشرط فدخولهما فيه جميعاً يقتضى رضاه كل بكون خياره تابعاً لخيار الآخر (فرع) أما لو لم يسبق أحدهما فالفسخ عندنا و (ح) إذ هو خلاف الأصل كبينة الخارج (ك) بل الرضا أولى لتقريره الأصل وهو بقاء العقد لنا : ما سيأتى .

فصل

وخيار الرؤية مشروع عند من صحح بيع موجود لم ير وقدمر « مسألة » (ى يه) ولا يحتاج إلى ذكر جنس ولا نوع لتعينه من دون ذكرهما كالنكاح . قلت : لعله يعنى حيث قد عرف جنسه (ش) بل لا بد منهما ، و إلا لم يصح كبعتك ثوب خز (ش) و يكفيان (ابن أبى هريرة) بل تذكر جميع صفاته (الاسفرايينى) بل معظمها لترتفع الجهالة . قلنا : ارتفعت بتعيينه « مسألة » و يبطل بموت العاقد و بأى تصرف غير الاستعمال ، كالتأجير إذ هو كالا بطال ، و بتعيب المبيع والنقص عما شمله العقد ، لأنه إن رده مع الارش فلا قائل به ودونه ظلم، ولا عبرة بنقص السعر «مسألة» و يبطل بتقدم الرؤية بمدة لا يتغير مثله فى مثلها ، لارتفاع الغرر «مسألة» (هب) و بسكوته عقيبها كخيار الشرط (ى ع) بل يعتبر المجلس كالقبول لثبوته بالعقد . قلنا : شرع للتروى بعد العقد

فأشبه خيار الشرط « مسألة » (هب ح) و برؤية الوكيل لتعلق الحق به ، لا برؤية الموكل (ن ى ش) بل برؤية الموكل ، لقوله ﷺ « فهو بالخيار » . قلنا : أراد من تعلق به العقد (ى) وكذا الخلاف فى الوكيل بالقبض دون العقد . قلت : ورؤية الرسول لا تبطل رؤية المرسل ، إذ ليس بنائب إلا للمعطى «مسألة» (ى) ولا يصح إبطاله قبل الرؤية ، إذ هي السبب فلا يبطل قبل وجوده ، ولئلا يلزمه بالبيع مجهول الصفة ، و يصح الفسخ قبل الرؤية إذ هو إسقاط فيصح فى المجاهيل . «مسألة» (ه) و يجب رد الفوائد الأصلية ، إذ هى بعضه (قش) «الخراج بالضمان» ، ولم يفصل بين الفرعية والأصلية . قلنا : الخراج اسم للكراء ونحوه لا غير (ى) فإن تلفت لا بجناية لم يضمنها ، إذ هى أمانة . قلنا : بل يضمن إذ هى نماء مضمون كفوائد معيب فسخ بحكم ، وأما الفرعية فللمشترى إن حدثت بعد قبضه كفى خيار العيب (ص ض ز يد) لا ، كخيار الشرط . قلنا : العقد مع الشرط غير مستقر فافترقا «مسألة» (الأحكام ط م ح) وله الفسخ بالرؤية و إن وجده على ماوصف له ، لقوله ﷺ «فهو بالخيار إذا رآه» ولم يفصل (الفنون ع بعصح بعصش) ثبت من غير شرط فاعتبرت المخالفة كالمعيب . قلنا : لم يثبت لأجل النقص بخلاف المعيب « مسألة » ولا تكفى رؤية المرآة إذ هى بانعكاس الشعاع . ولا الحوت فى الماء إذ هى غير مميزة ، وتكفى رؤية من وراء زجاج لنفوذ الشعاع من خلاله ، ولا يبطله الرضا بالقلب مالم ينطق . ولا رؤية بعض المختلف (م) و يعفى عن داخل السفينة إذ العبرة بظاهرها ، لملاقاته الماء ، وكذا رؤية ثوب من ثياب مستوية تكفى . ولا بد من رؤية كل الدار . و يعفى عن باطن الحشو ، وكذا لو رأى أحد الارضين لم يكف للاختلاف ، وتكفى رؤية وجه الزرابى والطنافس ، إذ هو المقصود ، لاقفاها . و يكفى من العبد والأمة وجوههما ، إذ هو المقصود فى الآدميين (ى) أما فى الأمة فلا ، إذ تراد للوطء . بخلاف العبد . و يكفى جس ما اشترى للذبح ، وضرع مااشترى للبن ، وما اشترى للركوب فكله «مسألة» والقول للمشترى فى نفى الرؤية المميزة ، وللبائع فى نفي الفسخ ، والوجه ظاهر . و إذا اختلف المشتريان فى الرؤية فالقول لمن رد ، لظاهر الخبر .

(قوله) « فهو بالخيار » أراد ما روى عنه ﷺ أنه قال « من اشترى شيئاً لم يره فهو بالخيار إذا رآه » وفيه ماتقدم

فصل

وخيار الغرر كبيع المعدوم وقد مر. والمصراة «مسألة» (عم عو أ نس ره) ثم (ه ش ك لى ل ف فر) و يثبت الخيار في المصراة و إن لم يشرط، لقوله ﷺ «وإن سخطها ردها وصاعاً من تمر» الخبر، ونحوه (مد) ليس عيباً فلا خيار. قلنا : عيب بالنظر إلى ظنها غير مصراة (ح) لا رد ، بل يرجع بأرش النقص ، إذ قد تلف بعض المبيع ، كخيار العيب . قلنا : خصها الخبر (د) يثبت في الناقة والشاة ، إذ الآثار فيهما ، لا في البقرة . قلنا : وهي مقيسة « مسألة » (ى) ولا تفسخ المصراة إلا بعد ثلاث ، إذ لا تعرف التصرية بدونها ، لظاهر الآثار. وقيل : له الفسخ متى انكشفت التصرية . قلت : وهو الأقرب « مسألة » و إذا اجتمع اللبن من غير قصد التصرية ، فله الفسخ قياساً . وقيل : لا ، إذ التصرية لا تكون إلا بقصدها ، فان اشتراها عالما فلا خيار في الأصح كالعيب « مسألة » (هب) و إذا ردها رد اللبن ، فان تلف فمثله ، فان تعذر في البلد فالقيمة (ش ك) لا . بل يرد صاعا من تمر ، لقوله ﷺ « و يرد معها صاعا من تمر لا سمراء » قلنا : وروى « صاعا من طعام سمراء» وروى « ويرد معها مثلا أو مثلى لبنها » وروى « مثل لبنها » فدل ذلك على أن القصد الجبر ، من غير تعيين . وحيث ذكر التمر والطعام ، أراد عند تعذر المثل ، جمعا بين الأخبار « مسألة » و إذا رد المصراة بعيب غير التصرية ، رد لبن التصرية ، إذ هو من جملة المبيع ، لا الحادث بعده ، إذ هو نماء ملكه « مسألة » وتصرية الأمة والاتان كغيرهما في الأصح ، إذ تراد للرضاع. وفي رد لبنهما وجهان : أصحهما لا يلزم ، إذ لا قيمة له « مسألة » (م ط) وبيع متعذر التسليم في الحال كالمرهون ليس من الغرر فيصح (ح) لا ، قلنا: صدر من أهله وصادف محله فصح . (فرع)

(قوله) « وإن سخطها ردها » الخ . عن أبي هريرة قال : قال رسول الله ﷺ « لا تصروا الابل والغنم ، فمن ابتاعها فهو بخير النظرين بعد أن يحلبها . إن شاء أمسكها ، وإن شاء ردها وصاعا من تمر » هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة . وفي رواية « ورد معهـا صاعا من طعام لا سمرا » وفي اخرى « صاعا من تمر لا سمرا » وفي رواية « وإن سخطها ففي حلبها صاع من تمر » وفي رواية « من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام ، إن شاء أمسكها وإن شاء ردها ، ورد معها صاعاً من تمر » . وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من ابتاع محفلة فهو بالخيار ثلاثة أيام . فان ردها رد معها مثل أو مثلى لبنها قمحاً » أخرجه أبو داود .

(م ط) ويخيران جميعاً في مجهول المـدة قبل قبضه ، كالمرهون المطلق ، إذ العقد كالموقوف (ى) بل يخير المشترى فقط إن جهل ، لا إن عـلم كالمؤجر . وفيه نظر (فرع) (ط) والآبق والضال والمغصوب والمسروق كالمرهون (م) بل كالطير في الهواء (فرع) وفي معلوم المدة ، كالمؤجر يخير المشترى فقط ان جهل ، وإلا فلا . إذ هو عيب .

فصل

وخيار فقد الصفة مشروع في البيع . والإجارة ، والسلم والهبة بعوض. إذ لا خلاف في اشتراط ما يقتضيه العقد ، كتسليم الثمن ، أو يكون من مصالحه : كالرهن والضمين ، فصح اشتراط صفة الفضل قياساً كشراء عبد على أنه كاتب . وفي اشتراط كون الأمة حاملا تردد : الأصح يصح كالصفة . إذ هو اشتراط صفة . وقيل : لا ، إذ هو اشتراط عين . قلنا : بل صفـة ، لعدم استقلاله .

فصل

وخيار المغابنة مشروع لخبر حبان . وإنما يثبت في غبن الصبي ، وفي المتصرف عن الغير ، فاحشـا في الشراء : لقوله ﷺ « لا ضرر ولا ضرار » (هب) وكذا في البيع ، إذ لم يفصل الدليل (ح) بل يصح بيعهم بالغبن ، إذ البيع إزالة ملك فلا يتحقق الغبن فيه . ومن ثمة قيل : البيع مرتخص وغال . قلنا : يقاس على الشراء « مسألة » (يه) ولا يثبت لـمكاف باع عن نفسه ، إذ لا دليل عليه (ن با ك) خبر حبان لم يفصل ، فثبت لـكل أحد (ص ى) يثبت له مع جهل الغبن ، لخبر حبان ، لا مع العلم ، إذ أتى من نفسه . قلنا : لا دليل في خبر حبان ، إذ أمره بشرط الخيار لنفسه ، ولم يخيره على الإطلاق . سلمنا ، فلكونه ناقص العقل بسبب الصائبة ، فأشبه الصبي المأذون « مسألة » وإنما يثبت في الغبن الفاحش لا المعتاد (يه ن) وهو ما زاد على نصف العشر إذ يتسامح بدونه (ش) بل العشر ، لفرضه في الأموال لكفاية الفقراء ، فلا يتسامح إلا بدونه (ك) بل ما فوق الثلث ، إذ لا تفـاحش في دونه (ى و بعض أصحابنا) بل ما خرج

(قوله) « لاضرر ولا ضرار في الاسلام » تقدم . وله شواهد .

عن تقويم المقومين ، إذ يرجع إليهم فى العيوب ونحوها . قلت : وهو القوى ، إذ لا دليـل على تعيين القدر .

فصل

وخيار معرفة مقدار المبيع والثمن ، كبيع صبرة على ما قد باع مع جهل المشترى ، فان اختلف ما قد باع به . أو قال : على ما أبيع فسد للجهالة ، ودليل هذا الخيار : القياس على خيار العيب ، كما سيأتي . فان قال : كل مد بكذا ، ثبتا أيضاً « مسألة » (ع) وخيار تعيين المبيع ، كبيع ثوب من ثياب على أن يختار ، أو ثياباً على أن يرد ما شاء (ش الأزرقى لهب) لا يصح. وخيار الإجارة قد مر « مسألة » (ع) وخيار تعذر التسليم وفقد الصفة والغرر والخيانة فى المرابحـة ، والتولية وقدر المبيع والثمن ، وتعيين المبيع ، على التراخى ، و يورث قياساً على العيب ، إذ يعود إلى النقص . وخيار الاجازة والغبن تراخى ، ولا ورثان ، إذ عقدهما موقوف على الإجازة ، وخيار الرؤية والشرط فورى ولا يورث لما مر « مسألة » وخيار الرؤية والعيب ثابت بالنص ، وغيرهما بالقياس .

فصل فى خيار العيب

« مسألة » هو كل وصف مذموم تنقص به قيمة ما اتصف به عن قيمة جنسه السليم ، نقصان عين كالعور ، أو زيادة كالإصبع الزائدة والثؤلول ، أو حال كالبخر والإباق (فرع) والطريق إليه : شهادة عدلين أو رجل وامرأتين من أهل البصر ، فى ذلك الجنس بلفظ الشهادة . إذ هو دعوى ، ولا يكفى قولهم : هو عيب ، بل يذكرون وجه نقص القيمة به ، أو وجه مضرته ، ثم ينظر الحاكم فى نقصه القيمة أولا . « مسألة » وعلى البائع إعلام المشترى به و إلا أثم ، لقوله ﷺ « لا يحل

(قوله) « لا يحل لمسلم » الخبر . عن عقبة بن عامر قال « لا يحل لامرىء مسلم أن يبيع سلعة يعلم أن بها داء إلا أخبر به » ذكره البخارى فى ترجمة باب قال : موقوفا على عقبة .ورواه أحمد وابن ماجه والطبرانى مرفوعاً ولفظه « المسلم أخو المسلم . ولا يحل لمسلم إذا باع من أخيه بيعاً فيه عيب أن لا يبينه »

لمسلم » الخبر . وقوله ﷺ « من غشنا فليس منا » (ي) أى ليس تابعاً لنا لمخالفته النهي ، أو فى نصح المسلمين ، أو فى أخلاقنا . ولم يرد البراءة إجماعا . فان لم يبينه لزم العالم إعلامه ، لقوله ﷺ « ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لا يبينه » الخبر « مسألة » (ه قين ك) ولا يفسد البيع بترك الاعلام (د) بل يفسد . لنا : قوله ﷺ فى المصراة « إن شاء رضيها وأمسكها » الخبر

فصل فى عيوب الرقيق

«مسألة» (ى) ترك الصلاة والسكر والقذف وغيره من الكبائر، عيب لوجوب الحد «مسألة» (ه قين) والردة عيب لذلك (ح) وكذلك الكفر الأصلى (ش ى) إلا الذمى لحقن دمه (ى ح) لا المجوسى إذ ليس بكتابى فى الأصح ، فهو معرض للقتل كالوثني . قلت : الأقرب للمذهب أن الكفر عيب مطلقاً لنجاسته (مسألة) (ى ش) والزنا ليس عيباً ، إذ النسب غير معتبر فى المملوك (ح ع) عيب فى الجارية لا العبد . قلت : القياس أنه عيب مطلقاً لوجوب الحد كالقذف (هب قين) وكونه ابن زنا ليس بعيب فى العبد (ك) بل عيب . قلنا : لا تنقص به القيمة ، وتعيب به الأمة ، إذ العرق دساس . والغناء ليس بعيب ، إلا (عك) قلنا : لا حد ولا نقص فى القيمة (م ط) والطعون فى السن ليس عيبا ، بل عدم فضل . قلت : وفيه نظر ، سيما فى البهائم ، إذ النقص به ظاهر . وكونه خنثى لبسة عيب ، إذ لا يأمن مخالفة ما عقد عليه ، حيث أراد ذكراً أو أنثى ، فان بان ذكرا ، وهو المراد فليس عيباً ، إلا حيث يبول من الفرجين ، إذ هو دليل

(قوله) « من غشنا فليس منا » عن أبى هريرة « أن رسول الله ﷺ مر فى السوق على صبرة طعام ، فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللا ، فقال : ماهذا ياصاحب الطعام ؟ فقال : يارسول الله أصابته السماء . فقال : أفلا جعلته فوق الطعام حتى يراه الناس ؟ من غشنا فليس منا » هذه رواية مسلم والترمذى .

(قوله) « ولا يحل لمن يعلم ذلك أن لايبينه » الخبر . عن أبى سباع قال : اشتريت ناقة من دار واثلة بن الأسقع فلما خرجت بها أدركنى يجر رداءه . فقال : اشتريت ؟ قلت : نعم . قال : بين لك مافيها ؟ قلت : وما فيها ؟ إنها لسمينة ظاهرة الصحة . قال أردت بها سفراً ، أو أردت بها لحما ؟ قلت : أردت بها الحج . قال : فارتجعها فقال صاحبها : ما أردت إلى هذا أصلحك الله تفسد على قال : إنى سمعت رسول الله ﷺ يقول « لا يحل لأحد أن يبيع شيئاً إلا بين مافيه . ولا يحل لمن علم ذلك ألا يبينه » رواه الحاكم والبيهقى .

ضعف المثانة ، و إن بان أنثى وأرادها فعيب . و إن لم تبل منهما إذ تعافها النفس « مسألة » والقروح ، وحمى الربع والطحال والسعال الغالب والبرص والجذام والصرع والجنون وخفة العقل والحول والشعر فى جوف العين والخزر والخرت والجرب الكثير والثآليل الكثيرة فى الجسد والواحد فى وجه الأمة لا العبد ، وسواد السن وسقوطه فيهما وكون الأمة مزوّجة أو معتدة عن رجعى ، عيوبٌ . وإحرامها ليس بعيب لانقضائه بسرعة، وانقطاع الحيض وكونها عاقراً عيب ، لكشفها عن علة والحبل عيب الحشية (هب) والبخر عيب فى الأمة لا العبد (ن قش) بل فيهما . قلت : وهو قوى (ع) والتخنث عيب ، وهو التثنى ، والخنث من لا أرب له فى النساء ، وقد يطلق على من يؤتى من دبره . وما تعلق برقبته من دين فعيب لا فى ذمته، والعشا والاستحاضة، وتحريم الوطء للرضاع عيب (الحداد من صش) لا، إذ لا ينقص القيمة. قلنا: منع الوطء فأشبه الجذام. وكثرة الفزع والوحشة عيب .ونسيان القرآن وأنواع الطبائخ ليس عيباً . والاباق والصرع ونحوه ، لا يرد به حتى يعود مع المشترى ، لتجوز بزواله .ولو أبق صغيراً ثم أبق عند المشترى كبيراً لم يرد بخلاف الجنون والوجه ظاهر . و بول الكبير على الفراش عيب لا الصغير (ى) وحده البلوغ وقيل المراهقة . قلنا : البلوغ أضبط وأقيس « مسألة » والسرقة عيب، والعنة إذ تنقص القيمة . وترك الختان عيب فى الكبير إذ يخشى منه ، لا الصغير ولا الأنثى إذ لا يخشى منه . ونتن الفرج والعرج والخرس والصمم وكذا الأقطع .

فصل فى عيوب البهائم

« مسألة » عيب الخيل منع التلجم أو التسرج أو الانعال أو وضع العدة ، لا الدم الحادث فى اللجام ، إن لم يكن بجرح و بل الخلاة عيب، إذ كثرة اللعاب من فقد الصحة والشرج فى الذكور عيب إذ ينقص القيمة «مسألة»(1) ونخال الخيل ثمانى عشرة على ما هو مقرر فى صريح أحمد بن عمران اليامى ، وهى إما سعد كالتى فى الجبهة والنحر ، أو نحس كالتى تحت اللبدة أو فى المنسج أو متوسط كالحزامية والذراعية . فما كان عند أهل الخبرة عيب تنقص به القيمة فسخ به كالمنسج و إلا فلا (ى) وهو تطير لا أصل له فى الشرع، والـكبس والعض عيب.والشقق فى الحافر عيب « مسألة » وعيوب الإبل : النقب والجرب والعر ،وهو داء فى مشافرها يداوى بكى الصحيح .

(1) كذا بالأصل - ولعله يريد خيلانا تكون على جسم الفرس

وخروج الشقشقة ليس عيبا ، والجراح فى ظهورها عيب . « مسألة » وفى البقر النطح ومنع تعليق أداة الحرث ، والربوض حاله والالواء والسعال والطلب والجرب الناقص لها عيب « مسألة » وفى الغنم الدبر والطلب والجرب والعور والعمى فى الحيوان لمنعه استيفاء الرعى وقطع الأذن وثقبها لمنعه إجزاء الاضحية والمرض فى الكل. لافساد اللحم أوالنفع وخصى الغنم ليس عيباً إذ يزيدفى القيمة أو السمن . والتدويغ ليس عيبا . قلت : الا حيث يمنع البيع « مسألة » وفى البغل الشقق وترك الخصى لقلة نفعه .

فصل

وفى الدور انكسار الخشب وتصدع الجدار ووضع عذرة فيه للظلمة وحقوق كامرار الماء وعدم الطريق وانكسار الباب ونحوها « مسألة » وفى البستان نقصان ماء بئره وتهدمها و تكسر أشجاره، وعدم موضع لإساحة مائها ، وفى الأرض كثرة الأحجار المضرة بزرعها « مسألة » وفى الثياب الخرق وتقدم اللباس وفى الآلات من الأسلحة وغيرها ماعده أهل المعرفة عيبا. وكثرة الغلط واللحن فى المصحف عيب « مسألة » (ى) ولا بد من رؤية شعر الجارية لقوله ﷺ « الشعر أحد الوجهين » (ى) وصهوبته عيب (ح) لا . قلنا : تنقص القيمة به ومن استعمل ما احمر به الوجه فانكشف أصفر فغرر كالتصرية . وجعودة الشعر ليس عيبا . ولو رأى فى أنامل العبد حبراً فظنه كاتباً خير إن فعله تدليسا وكذا. لو لسع الزنبور البقرة فظنها حاملا ، وكذا لو وجّه الصبرة بأطيب حب « مسألة » ومن اشترى رضيعة فى الحولين فأرضعتها بنت البائع فانكشف بها عيب امتنع الرد لتعيبها عند المشترى ، وله الارش خلاف (الحداد) كما مر .

فصل فى كيفية الرد

«مسألة» (هقين) وما فسخ بالعيب لزم رد ثمنه جميعا، و إن قد استعمله ، لقوله ﷺ «الخراج

(قوله) « الشعر أحد الوجهين » هكذا روى والله أعلم بصحته . وقد ذكره ابن الجوزى فى الموضوعات

(قوله) « الخراج بالضمان » عن عائشة قالت « إن رجلا ابتاع غلاماً فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيباً فخاصمه إلى رسول الله ﷺ فرده عليه . فقال الرجل : يا رسول الله قد استعمل غلامى . فقال رسول الله ﷺ : « الخراج بالضمان » هذه رواية ابى داود وله

بالضمان » « مسألة » (يه قين ك) وليس للمشترى اختيار الأرش حيث له الرد . إذ أمر ﷺ رد العبد ، فاقتضى أنه واجب (جع مد) بل له ذلك كلو تعيب عنده . قلنا : العيب أبطل الرد فتعين الأرش ، وتخريجه مخالف لنص الأحكام (فرع) فإن تقدم العلم بالعيب فلا رد ولا أرش ، إذ تقدم العلم رضا . ولو أخبر بزواله إن كان يتكرر . و إلا فله الرد .

فصل فيما يبطل به الرد

« مسألة » (ث هر) ثم (يه حص) و إذا وطىء المعيبة ولو قبل العلم امتنع الرد ، لحكم علي عليه السلام وعمر بأنه كالجناية ولم ينكر (زيد) ثم (ش البتى ك محمد) يبطل رد البكر إذ نقصها لا الثيب ، إذ وطئها فى ملكه ولم ينقصها فلا جناية (لى وعن ٢) يردها والمهر . لنا : عمل الصحابة ، ولا مهر على من وطىء فى ملكه ض (زيد) وقبلة المشترى لشهوة كوطئه « مسألة » (يه فو) و إذا وطئها البائع قبل تسليمها خير المشترى ، إذ لو لزمته لزم البائع الحد أو المهر ، والإجماع على أنهما ساقطان (ح) لا خيار بل يلزم البائع أرش البكر لا الثيب ، ولا مهر ، إذ الخراج بالضمان ، فلا خيار للمشترى كلو استخدمها البائع . قلنا : هذا هو القياس لولا إجماع الصحابة على أن الوطء كالجناية . قلت : وفيه نظر ، فالأولى التعليل باستلزامه الحد أو المهر ، والإجماع على سقوطهما (ص ى) لا مهر إذ الخراج بالضمان ، ويثبت النسب لشبهة الملك ، وهى أن القبض من تمام العقد ، بدليل تلفه قبله من مال البائع وتصير أم ولد فينفسخ العقد . قلنا : لا نسلم شبهة الملك ، بدليل وجوب الكراء وهذه مخصوصة بالإجماع ، مع أنه قد قيل : يلزوم العقر [1] وهو القياس ان لم يمنع إجماع « مسألة » ولو وطئت فى يد البائع بشبهة لم يكن له الخيار فى رد الثمن و إمساكها ، إذ يبطل به حق المشترى من العقر بل الخيار للمشترى ، « مسألة » (ع) فإن وطئها غير المشترى عنده بزنا أو غيره ثم انكشف بها عيب فلا رد ، ولو رضى البائع (ع) ويخالف الوطء التعيب عند المشترى بأمر سماوى إذ الوطء

وللترمذى مختصراً أن رسول الله ﷺ « قضى أن الخراج بالضمان » وللنسائى نحوه وزاد « ونهى عن ربح مالم يضمن »

---

(١) هو مهر المرأة الموطوءة بشبهة

جناية الحكم (على) و (٢) وعن على عليه السلام و (ح) بل يخير البائع بين أخذها ورد جميع الثمن أو تسليم الأرش (ط) وإذا صح عن على عليه السلام بطل كلام (ع) إذ هو توقيف . قلت : الأقرب للمذهب أن وطء غير المشترى معه ، إنما يمنع رد البكر لنقصان ثمنها ، أو الثيب حيث لزم المهر ، إذ هو كجناية ضمنت ، وحيث لا مهر ، كالزنا بالثيب لا يمنع الرد ، إذ هى جناية غير مضمونة . « مسألة » ، ولا أرش لما حدث عند المشترى عن سبب قبل العقد كولادة أو نحوها ولا يبطل به الرد . « مسألة » (هـ) ويقدر أرش العيب بنقصان القيمة منسوبا إلى الثمن ، فما قيمته صحيحاً ستون ، ومعيباً أربعون وثمنه ثلاثون ، فأرش عيبه عشرة ، اذ التفاوت الثلث . « مسألة » (خب م) واذا استخدم العبد بما لا يجوز فى عبد الغير بعد ظهور عيبه بطل الرد ، إذ هو رضا (جع ى) لا ، كاللبس والركوب . قلنا : لا نسلم الأصل ، حيث استعمله لمصلحة نفسه (م ح ى ع) ولو أمره ببيع أو شراء كان رضاه لإيهامه الإذن من جهته . « مسألة » وطلب الإقالة بعد العلم رضا لا قبل العلم ، إذ الرضا إنما يكون بعد العلم ، وقيل : بل يبطل الخيار كابطال الشفعة قبل العلم بالبيع ، وكذا لو جهل كونه رضاً . « مسألة » وركوب الدابة لا لنفعها رضا . قيل ولنفعها حيث يمكن ردها ، وقيل لا ، إذ لم يستعملها لنفسه ، إذ الخيار حق ثابت فلا يبطل بالمحتمل ولنفعها وحاجته رضا لا لردها ، بخلاف لبس الثوب للرد . « مسألة » ، واللبس والحرث بعد العلم بالعيب رضاً (ى) وكذا التقبيل أو المس لشهوة ، وكذا البيع والهبة إذ هى مقررة ، ومداواة العيب رضا لا لو داوى غيره « مسألة » (زيه م) وعرض المعيب للبيع ليس رضاً ، لاحتمال كونه للتعرف والقول له إذ لا يعرف إلا من جهته (ح) بل رضاً إذ لا يعرض إلا ملكه . قلنا : وملك غيره (ش ح) ، خياره فورى فيبطل بالعرض ، لنا : ماسيأتى « مسألة » (هـ) والرضا ببعضه ولو

(قوله) « لحكم على وعمر » الخ . قلت : الحكم بامتناع الرد إنما هو مروى عن على عليه السلام . ولفظه فى أصول الأحكام « عن زيد بن على عن آبائه عن على عليه السلام فى رجل اشترى جارية فوطئها ، ثم وجد بها عيباً فالزمها المشترى ، ثم قضى على البائع بعشر الثمن » قال زيد بن على : كأن نقصان العيب العشر . انتهى . وأما عمر فالمروى عنه ماسيأتى قريباً .

(قوله) « وعن (٢) بردها » حكى فى أصول الأحكام عن عمر « أنه حكم بردها ورد عشر ثمنها » والله اعلم

بالصحيح من أشياء اشتراها صفقة، رضا بالكل، لئلا يفرق الصفقة على البائع، فإن تميزت العقود والأثمان صح (عبد الله بن الحسن قش) بل له تفريق الصفقة قلنا: فيه إضرار. «مسألة» (م هب) ويبطل الخيار بزوال العيب مع المشترى، ولو بعلاج البائع لزوال سببه «مسألة» { و و طا بص لى حق لح العنبرى } ثم (هق لش) ، ومن شرط البراءة من كل عيب لغا الشرط لما فيه من الغرر، وصح العقد إذ لم يكسبه جهالة (ز م حص لش ثور)، بل يصحان إذ هو إسقاط فيصح تعليقه بالمجهول كالطلاق. قلنا: خصه النهي عن الغرر فى البيع (عم) ثم (ك اش) يبرأ مما لم يعلم به لا مما علمه لقضاء (٣) بذلك بين (عم) و (زيد). قلنا: اجتهاد له فلا يلزمنا (ن فر لش الاسفراييني)، بل يفسد به العقد لفساد الشرط. قلنا: لم يكسبه جهالة. « مسألة » (ع فو خي) فإن عين الجنس صح لقلة الجهالة وبرىء منه وإن كثر، ولا يدخل فيه ماحدث منه بعد الشرط، ولا ما انكشف من غيره (فـ) فإن تبرأ من شجة فوجد اثنتين برىء من أيهما شاء (محمد)، بل يرد بأيهما، فإن تبرأ مما يحدث قبل القبض فسد العقد لمخالفة موجبه، وبعده يلغو، إذ لا يرد بما حدث، وقول (هـ) إذا شرط الرد إن أبق العبد إلى وقت معلوم صح العقد والشرط (ع)، أراد به أنه إن كان آبقا وأبق الى مدة كذا، فكأنه أبرأه من إباقه بعدها (م) بل أراد حيث علم المشترى أن العبد يأبق، لكن قال البائع: إنه لا يأبق هذا العام، فكأنه قال: إن لم يأبق فى مدة كذا أبرأتك من عيب الإباق، فاقتضى التأويل بطلان التبرى مما سيحدث (فرع) فإن أبق رجع المشترى بالأرش. قلت: وإنما يرجع بعد اليأس، ويبطل خياره حينئذ (فرع) وقول على عليه السلام: ليس فى إباق العبد عهدة إلا أن يشترطه المبتاع. أراد إذا لم يكن قد أبق ثم أبق مع المشترى لم يرد به، وقوله إلا أن يشترطه المبتاع فيه، التأويلان الأولان. «مسألة»

(قوله) « لقضاء عثمان بذلك بين ابن عمر وزيد » الذى فى الجامع « عن ابن عمر أنه باع غلاماً بثمانمائة درهم، وباعه على البراءة. فقال الذى ابتاعه لعبد الله بن عمر: بالغلام داء لم تسمه لى فاختصما إلى عثمان. فقال الرجل: باعنى عبداً وبه داء ولم يسمه لى. فقال عبد الله بن عمر: بعته بالبراءة فقضى عثمان على عبد الله أن يحلف له لقد باعه العبد، وما به داء يعلمه. فابى عبد الله أن يحلف وارتجع العبد، فصح عنده فباعه بألف وخمسمائة درهم » أخرجه الموطأ ولم يذكر أن المشترى زيد بن ثابت. والله أعلم.

(ى ه ش) وجناية العبد تمنع صحة بيعه ، إذ يتعلق برقبته حق الغير كالرهن ، بل الجناية أقوى لتقدم دينها (ح مد ني) ، بل يصح لتجويز العفو عن العمد ، والخطأ يتعلق بمال سيده . قلنا : بل برقبته كما مر . « مسألة » ومن استقال فى شىء ثم وجد فيه عيبا حدث مع المشترى فله رده كلو اشتراه (ى) وسواء جعلنا الإقالة بيعا أم فسخا ، إذ الواجب فى الفسخ رد المبيع كما قبض . « مسألة » (تضى) ، ومن اشترى مكلوبا قد اندمل جرحه ثم انتقض ، فله رده إن لم يكن قد علمه عند العقد ، إذ هذه العلة معلومة الانتقاض ، وكذا لو علمه وجهل انتقاضه . فإن لم يكن للمبيع مع هذه العلة قيمة ، فالبيع باطل من أصله علم أم جهل ، إذ باع ما لاقيمة له (ى) ، وأمارة الكلب فى الكلب احمرار عينيه وانكسار أذنيه واندلاع لسانه وكثرة لهثه ونفرته من الناس فحينئذ ما يجرح أحداً إلا أهلكه (ى) أجرى الله تعالى العادة فيه كما أجرى أنه من لمسه السامرى أصابته الحمى ، حتى كان يقول : لامساس . أى من لمسنى حم . «مسألة» و إذا انكشف العيب والمبيع بحاله فله رده أو الرضاء لا غير ، فإن رضى البائع بدفع الأرش حل أخذه ، إذ هو عوض نقص المبيع لا عوض الخيار .. « مسألة » (هب ن) ، وفسخه على التراخى ما لم يصدر رضاً فعلا أو قولا ، لقوله ﷺ « فهو بالخيار ثلاثة أيام » (ط) لكن لا يمسكه مدة توهم الرضا . (قين) بل فورى ، فلو سكت عقيب العلم بطل الخيار لقوله ﷺ « فهو بخير النظرين » والفاء للتعقيب . قلنا : إذاً لكان قوله ﷺ « ثلاثة أيام » فى الخبر الآخر مناقضه . قالوا : إذا علم فإما أن يسخطه فليس له إمساكه ، أو يرضاه فليس له رده . قلنا : أخللتم بثالث وهو أن يكون متروياً فيه . « مسألة » (ى ه م) ، ولا يلزم مع التشاجر بعد القبض إلا بحكم ولو مجمعاً على كونه عيباً : إذ لا يرتفع الملك بعد استقراره إلا باختيار المالك أو الحكم (ن ص ش) لا يفتقر إلى رضا كالطلاق ، ولا حكم كقبل القبض . قلنا : لا نسلم الأصل . (حص) . يفتقر بعد القبض لما مر لا قبله ، إذ هو رفع للعقد قبل تمامه ، إذ القبض من تمام العقد بدليل تلفه من مال البائع . قلنا : الملك حصل بالعقد فلا يرتفع إلا بما مر . قلت : وقد قيل : إنه لا يفتقر قبل القبض بلا خلاف ، ولا فى رد الثمن المعيب مطلقاً . « مسألة »(يه) ولا تكفى التخلية فى فسخ المعيب مالم يقبض البائع أو يقبل ، و إن تمرد لما مر . فيتلف من مال المشترى . ومن لم يشترط حكما ولا رضاً فمن مال البائع . « مسألة »(ه) وله رده فى أى موضع وجد فيه المالك ، إذ هو حق له كالدين (ط فو) بخلاف الغصب فيجب إلى موضعه ليرده كما أخذه (م ى عحمد) بل

إلى أي موضع شاء لقوله ﷺ « حتى ترد » ولم يفصل. قلت : أراد كما أخذه وإلا لزم أن لا يضمن المزال . « مسألة » (ية قم) و إذا غاب البائع الغيبة المعتبرة فللحاكم الحكم عليه بالفسخ، لقوله تعالى : (وأن احكم بينهم) ولم يفصل (ز قم حص) لا ، لقوله ﷺ « لا تحكم بين خصمين حتى تسمع كلام كل واحد منهما » . قلنا : ظاهره متروك لجواز الحكم بين الوكيلين إجماعاً ، ولأن في تركه إضرار بذوي الحقوق ، فنتأوله على أن المراد حيث حضرا . (فرع) ولا بد أن ينصب نائبا عن الغائب ليجيب عنه الدعوى لما سيأتي . (فرع) وللحاكم بيع المعيب لتوفير الثمن الذي قد قبضه البائع وتعذر رده لتلفه ، أو غيبة البائع أو تمرده . وكذا لخشية فساده ، وفسخه إبطال لأصل العقد، فترد معه الأصلية كما سيأتي . ويبطل كل عقد ترتب عليه . « مسألة » (م) فمن باع داراً بعبد ثم رهنه أو أجره أو باعه، ثم فسخت الدار بعيب بحكم ، انفسخ الرهن والإجارة والبيع ، إذ فسخ الحاكم إبطال لأصل العقد فيبطل كل ما تفرع عليه (ض زيد) ، أما البيع فلا يبطل ، إذ باع وهو مالك ، فالعقد صحيح نافذ (ى ض زيد) ، ويحتمل أنه فاسد لتركبه على فاسد ، لكن ملكه بالقبض فصح بيعه ، وعلى الوجهين لا يجب استرجاعه، بل تلزم القيمة فقط (م) ويحتمل أنه صحيح موقوف على نفوذ الأول ، فاذا انفسخ انفسخ . قلت : لا وجه لفساده ولا وقفه ، إذ قد عقد عليه وهو مالك ملكا نافذاً (فرع) ، فلو أبق العبد و يئس من رجوعه لزمت قيمته كلو مات . « مسألة » (م هب) ، ومن باع عينا بعين ففسخت أحدهما بعيب لم يرجع ذو السليمة بما غرم فيها مما لا ينفصل كالجلاء والقصارة والحرث ، إذ لا يتقوم وحده (ى) بل الأولى الرجوع كالمنفصلة. قلت : بل الأولى قول (م) إذ هي غرامة على ملكه مستهلكة كالعلف فأما المنفصلة كالحلية ، فإن كانت في المعيب خير مشتريه بين أخذ أرش العيب أو القلع والرد فإن خشي به ضرر المبيع تعين الأرش ، كلو أحدث به عيبا ، فإن كانت في السليم لم يبطل الرد

(قوله) « لا يحكم بين الخصمين » الخ . لفظه عن علي عليه السلام قال « بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضياً . فقلت : يارسول الله ترسلني وأنا حديث السن ، ولا علم لي بالقضاء ؟ فقال : إن الله سيهدي قلبك ، ويثبت لسانك ، فاذا جلس إليك الخصمان فلا تقضين حتى تسمع من الآخر ، كما تسمع من الأول ، فانه أحرى أن يبين لك القضاء . قال : فما زلت قاضيا او ما شككت في قضاء بعد » أخرجه أبو داود ، واختصره الترمذي .

واستحق مشتريه قيمة الزيادة ، كلو تضررت وحدها فى الصورتين وفاء بالحقين . (فرع) فلو اشترى معيبا بدراهم ثم سلم عنها ثوبا ، ثم فسخ المعيب انفسخ الثوب ، لكن تبعا لانفساخ الدراهم و بطلان استحقاقها ، وقيل : بل قصداً ، إذ صار هو الثمن ، والصحيح الأول . « مسألة » (م) ، ومن باع ذا جرح يسرى فسرى ، فلا شىء على الجارح فى السراية إن علما أو أحدهما ، إذ البيع مع العلم إسقاط للحق باخراج ملكه قبل تأثير السبب لبيع المشترى المعيب بعد علمه بعيبه ، وكذلك الشراء مع علمه لا مع جهله فكشراء المعيب . قلت : فإن جهلا وفسخ بحكم رجع البائع على الجارح ، إذ العقد كأنه لم يقع ، وكذا إن تلف المبيع ورجع المشترى على البائع بالأرش فله الرجوع على الجارح إذ هو غرم لحقه بسببه ، فأما أصل الجراحة فيرجع بها مطلقاً ، إذ وقعت فى ملكه ، فإن نقصت قيمته معه بما يفهم من السراية المستقبلة ، رجع مع الأرش بالنقصان ، إذ نقصان القيمة بالجناية كنقصان العين (الحقيقى) لا إن باع بعد العلم ، إذ قد أسقط حقه كما مر . قلنا : نقصان القيمة كوقوع السراية فافترقا (ى) وكقول (ح) فيمن رمى ثم أعتق ، فديته للمولى لا للورثة ، استناداً إلى السبب . « مسألة » واذا انكشف فى إناء فضة قيمته أكثر من وزنه عيب بعد تعيبه مع المشترى . قلت : فلا رد لأجل تعيبه ، ولا أرش لاجل الربا . وقيل : بل يفسخ و يرد الأرش . قلت : إن تعيب بغير جناية فنعم ، وقيل بل يرجع بالأرش فقط كغيره . قلنا : منع اقتضاء الربا (ى) ، بل يخير بين أخذه وأرش القديم أو رده وأرش الحديث . قلت : إن تعيب بجناية فلا رد ولا أرش ، لأجل الربا بخلاف غيره . « مسألة » ، و يورث خيار العيب إذ هو حق لازم كحبس المبيع لقبض الثمن ، فإن اختلف الوارثان فكالمشتريين . « مسألة » (ه ح) وإذا اختلف المشتريان فى المعيب فالقول لمن رضى ، تقدم أم تأخر أم قارن ، وتلزمه جميعا لئلا تفرق الصفقة على البائع ، وله أرش حصة شريكه (ى) وتلزمه القيمة لنصيب شريكه لا الثمن ، اذ هو كالمستهلك له ، وقيل ، بل الثمن . قلت : وهو الأقرب بدليل رجوعه بالأرش (ش ك فو) لايلزمه إلا حصة شريكه ، كلو اشترياه بعقدين . قلنا : فى تفريق الصفقة إضرار . وكذا لو وكل رجلان رجلا أو باع رجلان عبداً من شخص . « مسألة » (ه ط) وإذا تعيب الثمن النقد المعين أبدل ، إذ لايتعين ولا يحتاج إلى حكم ولا تراض (م) بل يتعين فيفسخ العقد . لنا ما مر .

فصل فى فسخ المعيب بعد زيادته

أما الأصلية المتصلة كالولد والصوف واللبن والسمن والكبر وتعلم الصنعة فتدخل فى الرد إجماعا إذ هى بعضه ، وكذا المنفصلة إن شملها العقد . « مسألة »(ى ه) ، وكذا إن لم يشملها وفسخ بحكم ويضمن تالفها ، إذ أمر ﷺ برد عوضه فى خبر المصراة (شص) بل يملكها المشترى إذ هى نماء ملكه كالفرعية . قلنا : الخبر منع القياس (حص) بفصلها يبطل الرد ويتعين الأرش كالجناية . قلنا : لا نقص إذ زادت معه فافترقا (ك) يرد الولد ، إذ هو تابع للأم ، لا الثمر إذ ليس بتابع كما لا يدخل فى بيع الأصل . قلنا : الثمر كاللبن . « مسألة » (ه ش) وأما الفرعية فللمشترى لقوله ﷺ « الخراج بالضمان » فى قصة العبد وهى مشهورة (البتى العنبرى نى) بل ترد كالأصلية . قلنا : فرق الخبر . وقد غلط المزنى لنص الشافعى رضى الله عنه على خلاف قوله (ى) ولم يجعل الخراج بالضمان كالغصب لضعف يد الغاصب إذ ليس بمالك ، بخلاف المشترى ومن ثمة ورد الخبر فيه « مسألة » فإذا زاد بفعل المشترى مالا يمكن فصله كالصبغ بطل الرد لا الأرش ، إذ الصبغ ملك المشترى ولا يمكن فصله ، ولا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيبة من نفسه (فرع) (ى ه) فإذا طلب البائع الفسخ وسلم قيمة الصبغ لم تلزم إجابته (ش) بل تلزم . قلنا : يتعذر فسخ الثوب والصبغ جميعاً ، إذ لم يشمله العقد ولا التسليم ، فهو كعين أخرى ، وفسخ الثوب وحده لتبعية الصبغ إياه ، فلما تعذر تمييز المبيع بطل رده كلو تلف (ط) بخلاف ما لو قطعه قميصاً وطلب البائع أخذه فيجاب ، إذ لا زيادة هنا « مسألة » فإن أمكن الفصل من غير ضرر كالحلية ، خير المشترى بين أخذ الأرش أو الفصل والرد ، وعليه مؤنته إذ هو المركب . فإن تضرر المبيع بالفصل بطل الرد لا الأرش (ى) يخير بين رده وأرش الحديث ، أو أخذه وأرش القديم . قلت : الصحيح أنه يبطل الرد حتما ، ما لم يرض البائع بأخذه ناقصاً لما سيأتى .

فصل فى الفسخ بعد النقصان

« مسألة » (يه ك مد) وإذا نقص بآفة سماوية أو نحوها ، خير المشترى بين أخذه

(قوله) « الخراج بالضمان » الخ تقدم

وأرش القديم ، أو رده وأرش الحديث ، إذ عليه رده كأخذه ، وعلى البائع تسليمه صحيحاً بدليل ضمانه ما تلف منه ، ولم يجعل الخيار للبائع إذ قد خرج عن ملكه . وكيفية تقدير الأرش أن يقوم سليما من العيب الذي يراد تسليم أرشه ، ومعيباً ، فما بينهما فهو الأرش ، لكن ينسب من الثمن إذ هو المدفوع، لا القيمة إذ قد تزيد على الثمن وتنقص، فتؤدى النسبة إليها إلى أن يجتمع الثمن والمثمن للمشترى ، حيث الثمن مثل نصف القيمة أونحو ذلك (م ش ح) بل يتعين الأرش كجنايته. لنا : مامر (فرع) وحيث يطلبان الأرش،أو يسقطانه فالمشترى أولى و إلا فالمسقط. فإن زال أحد العيبين والتبس أيهما، تعين الأرش توسطاً « مسألة » (يه ش) فإن نقص بجناية من غير المشترى تعين الأرش ، إذ لا يلزمه أخذه ناقصاً ، ولا يستحق عوض الجناية إذ حدثت فى غير ملكه (فو) بل للبائع أخذه مع الأرش حيث هو جارية وطئت أو عبد قطعت يده، أو نحو ذلك ، و إلا اجتمع للمشترى الثمن والمثمن ، إذ الأرش كالثمن . قلنا : بل هو جبر لما نقص لا ثمن له. قلت : و يلزم ذلك لو جنى عليه قبل البيع « مسألة » وكل عيب لا قيمة للمعيب معه مطلقاً أوجب رد جميع الثمن ، إذ باع مالا نفع فيه . قلت : كبهيمة أصابها الكلب وحيث له مع العيب قيمة ، لكن لا يطلع عليه الا بجناية تصيره لا قيمة له ، كالجوز الفاسد ، رجع بالأرش فقط. إذ قد تلف ، وهو ما بين قيمته صحيحاً ومعيباً سليما (فرع) (ه ى) فإن بقى له بعد هذه الجناية قيمة خير المشترى بين أخذه وأرش القديم ، أو رده إذ هى جناية لمعرفة العيب ولم يبطل بها الرد كحلب المصراة (م ح ن) بل يبطل كلو قطع الثوب . قلنا : الفرق ظاهر (ى) و إذا رده فنى رده أرش الحديث وجهان : أصحهما لا يجب إذ هو كالمأذون من جهة البائع . قلت : بل الأصح لزومه كالآفة السماوية « مسألة » (ط م هب ح) فإن كان ثوباً قطعه المشترى ثم انكشف به عيب تعين الأرش ، إذ القطع جناية ، وقيل بل استهلاك وكلاهما يمنعان الرد لما مر « مسألة » و إذا نقص بنشره فانكشف به عيب لا يعرف بدون النشر خير لما مرّ (فرع) (ه ط) فإن لبس الثوب فنقص باللبس فانكشف العيب خير بين أخذه وأرش القديم أو رده وأرش الحديث ، إذ ليس بجناية ، فأشبه السماوية (م ى ح) بل كالقطع ، إذ نقصان المنفعة كالعين فتعين الأرش . قلنا : إن لم يعرف العيب بدونه فغير مسلم « مسألة » (ى ه مد ك قش) ولو اشترى عبداً أو أمة فزوجه أو عمى ثم انكشف به عيب ، خير بين أخذه وأرش القديم ، أو رده وأرش الحديث لما مر (قين) لا ، إذ هى جناية فتعين الأرش (حماد ثور) بل يتعين رده وأرش الحديث إذ لم يسلمه البائع على مقتضى

العقد وهو السلامة من العيوب . قلت : حكاية هذا الخلاف منضربة ، والحق أن العمى لا يبطل به الرد لما مر . وتزويج الأمة إن حصل معه وطء أبطل الرد كما مر وإلا فلا ، إذ ينفسخ نكاحها مع الرد بالحكم ، وكذلك العبد « مسألة » واذا رد معيب على وصى فليس له الفسخ بالرضا إلا لمصلحة ظاهرة . وبالحكم يرد الثمن من التركة ، فإن تعذر فمن ماله ، لقوله ﷺ « على اليد ما أخذت » (ن لى) لا يضمن من ماله . لنا : الخبر . فإن انكشف للميت مال رجع عليه إن نواه « مسألة » ولا يرجع المشترى بما أنفق على المعيب قبل الفسخ إجماعاً . قلت : ولو علم البائع بالعيب إذ أنفق على ملكه ، بدليل تلفه من ماله إجماعا ، مالم يقبضه البائع أو يقبل الفسخ . ومؤنة حمله عليه أيضا كإنفاقه « مسألة » (م هب ش مد) ومن اشترى عبداً فقتله ثم انكشف به عيب فله الرجوع بالأرش كلو أعتقه (ط ح) القتل يقتضى الحرمان عمده وخطؤه فلا يرجع بشىء . قلنا : إنما يمنع القتل المنفعة المترتبة عليه وهذه لا تترتب « مسألة » (م) فإن قتله غير المشترى فكذلك ، كلو باعه (عح ع) إن أخذ الدية أولا فلا ، إذ اعتياضه رضا ، لا العكس (عح) يرجع مع الخطأ . قلنا : الاعتياض ليس رضا « مسألة » (م ط ع قين) فإن أعتقه رجع بالأرش لتعذر الرد لقوة نفوذ العتق (زم خب ش) وكذا إن أعتقه على مال رجع بالأرش (ط ع ح) لا . إذ الاعتياض رضا قلنا : لا نسلم . والاستيلاد والتدبير والوقف كالعتق « مسألة » (م هب ش) وإذا باعه رجع بالأرش لتعذر الرد (ط ع ح) لا، إذ الاعتياض رضا . قلنا : إن كان قبل العلم فلا «مسألة » (ه قين ك) ومن عيبه : وجوب القتل عليه ، قصاصاً أو حداً ، رجع المشترى بكل الثمن، إذ مباح الدم لا قيمة له (فو) بل بما بين قيمته مباح الدم ومحترماً . قلنا : البيع من أصله غير واقع . قلت : الحق أنه حيث له قيمة مع إباحة دمه يرجع بالأرش ، وإلا فبالثمن « مسألة » وتلف بعض المعيب فى يده ولو بعد امتناع البائع عن القبول ، أو القبض مع التخلية يمنع رده ، فيتعين الأرش « مسألة » فإن تعيب مع المشترى بسبب متقدم . كقطع بسرقة متقدمة ، لم يمنع الرد (ع ى) بل يرجع بالأرش ولا وجه له « مسألة » وإذا خرج المعيب عن الملك قبل العلم بلا عوض ، رجع بالأرش اتفاقا ، ومع الاعتياض الخلاف ، وقد مر . فلو كانا شيئين فباع أحدهما ، لم يصح رد الباقى . لئلا تفرق الصفقة ، فيرجع بأرشها جميعاً ، لكن أبو العباس يخالف فى المبيع كما مر (فرع) فإن فسخ بحكم فله رده إجماعا . قلت : أو عجز المكاتب نفسه ، إذ الفسخ بالحكم إبطال لأصل العقد

ولا تأثير لإذن البائع الأول باسترجاعه . إذ قد صار أجنبياً (فرع) (هـ م ح) فإن تفاسخا بالتراضي لم يرد على الأول ، إذ التراضي كعقد جديد ، فالأول غير منفسخ (ق ن ط ش) بل له الرد . قلنا : بناء على أن الحكم غير معتبر مع التشاجر ، وقد أبطلناه قالوا : إن كان قبل القبض رد على الأول ، وإلا فلا ، لما مر . لنا : ما مر « مسألة » (هب ش) فإن زال العيب الحادث عند المشترى فله رده بالقديم بلا أرش (ابن الصباغ) ما لم يحكم له بالأرش ، فإن حكم به ولما يقبضه فوجهان : يرد إذ لم يستقر الحكم لعدم القبض . وقيل : لا ، لقوة نفوذ الحكم « مسألة » وإذا قوم لمعرفة الأرش ، فالعبرة بها عند العقد ، إذ هو وقت الاستحقاق . وقيل : بل يوم القبض ، إذ هو وقت الضمان .

باب تلف المبيع واستحقاقه

فصل فى تلفه قبل التسليم

« مسألة » (هـ قين) إذا تلف بآفة سماوية انفسخ العقد ، لقوله ﷺ « فلا تأخذ منه شيئاً » الخبر (ك) يتلف من مال المشترى ، فيضمن البائع القيمة ، إلا فى المبيع كيلا أو وزناً ، إذ قد ملكه بالعقد . قلنا : تلف قبل القبض ، فبطل العقد كالمكيل ، سلمنا ، لزم كون القيمة مبيعة . سلمنا : فالخبر اقتضى ما ذكرنا (فرع) فإن تلف بعد المطالبة وعدم استحقاق الحبس فوجهان : من مال البائع مطلقا لما مر ، وقيل من مال المشترى حيث الممتنع البائع ، إذ هو غاصب ، وحيث الممتنع المشترى فلا ضمان على البائع ، إذ هو أمين حينئذ وحيث المانع غيرهما فمن مال البائع لما مر . قلنا : لم يفصل الدليل . « مسألة » فإن تلف بجناية المشترى فمن ماله ، إذ

باب تلف المبيع واستحقاقه

(قوله) « فلا تأخذ منه شيئا » الخبر . لفظه عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ « إذا بعت من أخيك تمراً فأصابته جائحة فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً ، بم تأخذ مال أخيك بغير حق » أخرجه مسلم وأبو داود والنسائى ، وفى رواية أخرى للنسائى « من باع تمراً فأصابته جائحة فلا يأخذ من مال أخيه شيئاً ، علام يأكل أحدكم مال أخيه المسلم »

هي كالقبض (ى) بل من مال البائع كالسماوية . قلت : والفرق ظاهر . فإن تلف بجناية البائع أو أجنبي فمن ماله . قلت : ولعل من خالف في السماوية يخالف هنا « مسألة » فإن رده المشترى إلى البائع رهنا في الثمن فتلف ، فمن مال المشترى إذ قد تم قبضه وضمنه المرتهن . « مسألة » وإذا عدّل المبيع فتلف فمن مال البائع ، إذ لم يتم قبض المشترى مع توسط العدل « مسألة » فإن سلم المبيع وثمنه عرض فلم يسلمه المشترى فللبائع نقض التسليم واسترجاعه ولو قهراً ، إذ تسليمه كالمشروط بتسليم عوضه ، وكذا حيث يسلم بشرط تسليم الثمن المقدم معيناً أو في الذمة ، وحيث انكشف في الثمن ردىء فله استرجاعه للايفاء أو الإبدال ، وإذا استرجعه فتلف فمن ماله ، إذ لم يتم التسليم . قلت : وإذا تلف في يد المشترى فمن ماله وإن لم يكن التسليم نافذاً ، كلو تلف بجنايته قبل قبضه . وإذ هو ملكه تلف في يده ، فإن سلمه راضيا من غير شرط لم يكن له النقض من بعد ، إذ قد أسقط حقه من الحبس فيتلف من مال المشترى « مسألة » (هب حص) وإذا أتلف البائع بعض المبيع أو تلف قبل القبض لم ينفسخ في الباقي ، بل في التالف فقط ، إذ لا وجه ينتقض به ، لكن إذا تعيب بالانفراد كفردة النعل والباب ، ثبت خيار العيب (م ى) بل نقصان عينه عيب مطلقاً فيخير . قلت : لا نسلم ذلك على الإطلاق (شص) إن تلف خير المشترى بين أخذ الباقي بالثمن جميعاً ، وبين رده ، إذ لا تأثير للبائع في نقصانه ، وإن جنى فبحصته ، ويحط البائع أرش الجناية وإن شاء فسخ ، إذ لا يلزمه بعد تعيبه . قلنا : لا فرق بين تعيبه بفعله ، أو فعل غيره ، كلو كان من قبل العقد ، إذ القبض من تمامه فأشبه الواقع من قبله .

فصل في كيفية قبض المبيع

« مسألة » قبض غير المنقول بالتخلية اتفاقاً ، إذ هو الممكن « مسألة » (ع هب ك عش) والمنقول كذلك لحصول الاستيلاء بها (شص) لا بد من نقله للتعارف بالتفرقة بينه وبين غير المنقول في القبض ، ولا تفرقة إلا بما ذكرنا . قلت : القصد الاستيلاء وقد حصل بالتخلية (ى) بالتخلية يسقط ضمان البائع ، إذ قد فعل الواجب ، ولا يصح تصرف المشترى حتى ينقل من حوزة البائع ، لا في داره إلا بإذنه ، إذ هو مع الإذن كالمعير لمكانه . قلت : إذا خرج بالتخلية عن ضمان البائع فقد صح قبض المشترى ، إذ يتلف من ماله « مسألة » (ع ح لش) ويقدم تسليم الثمن إذ قد تعين حق المشترى وهو المبيع ، فيعين حق البائع (ص لش) بل المبيع لأنه مسلط على التصرف في الثمن ، فيسلط

المشترى على المبيع (لش) مستويان، فمن طالب طولب. وقيل لايجبران ، فمن تبرع بتسليم ماعنده أجبر الآخر . لنا ما مر (فرع) فلو سلم الثمن ثم أبق العبد قبل قبضه لم يسترد الثمن ، إذ قد أسقط حقه من حبسه ، لكن له الفسخ بالإباق ثم يطلب الثمن « مسألة » ويجبر المشترى على القبض من البائع، إذ هو حق له ليخرج عن الضمان، فإن تمرد فوجهان (ى) أصحهما يرفعه إلى الحاكم وقيل يقبضه من نفسه للمشترى فيصير أمينا (ى) أما حيث لا حاكم فنعم ، إذ له ولاية «مسألة» (هـ ط ع) ويصح توكيل البائع بقبضه من نفسه كغيره ، لكن لا يقبض بالتخلية، بل بنقل المنقول وبالتصرف في غيره ليتميز قبض المشترى من قبضه (ش قم) لا إذ يلزم مصيره مطالبا لنفسه بالثمن لتعلقه بالقابض وبالمبيع لأجل الوكالة ، وهو محال . قلنا : لا نسلم الإحالة ، إذ البائع حينئذ كالمتبرع بتسليم المبيع (ى قم) لا ، لما مر إلا حيث يعطيه إناء ليجعله فيه ، إذ ذلك نوع تصرف من المشترى ، فأشبه القبض . لنا ما مر « مسألة » والتخلية لا تكفى هنا وفى البيع الفاسد وشراء الأمانة وفى بعض المبيع ، إذ لا يلزمه قبضه ناقصا. قلت :وضابط التخلية الصحيحة أن تكون فى عقد صحيح غير موقوف ، بمبيع غير معيب ولا ناقص ، ولا أمانة مقبوض الثمن أو فى حكمه، بلا مانع من أخذه فى الحال أو نفعه والمانع إما حق كالرهن أو غيره كاغلاق باب أوشغل منزل بمتاع أو نفور كفرس لم تلتزم رسمها ولا حازها حيث لا يمكنهـا النفور « مسألة » (م ط هب) وإذا استعمل البائع المبيع قبل التسليم لزمته الأجرة للمشترى، إذ قد ملكه بالعقد، فكذا منافعه (الوافى لهب ى) لا إذ الخراج بالضمان ، وهو نص فى موضع الخلاف . قلت : ليس على عمومه وإلا لزم فى الغاصب ، سلمنا ، فمعارض بقوله ﷺ « لا يحل مال امرىء » الخبر . وإذاً لسقط الإثم ولا قائل به، فحمل على أن المراد حيث فسخ المبيع بعد استغلال المشترى، تخصيصا بالقياس وهو جائز فإن تلف بطل العقد فيملكه ، والنتاج والغلة «مسألة» (م ط هب) والمؤن قبل القبض على البائع من نفقة وغيرها إذ عليه تسليمه ، ولن يتم إلا بذلك وأجرة كيل المكيل ووزن الموزون عليه ، إذ عليه تمييز المبيع والصب على المشترى كلو كان فى جوالقه إذ قد تعين ، وفصل الملصق كالمسمار والفص والحجر، إذ عليه تسليمه بلا مانع من رفعه . وللمشترى خيار الرؤية إذ لم تكمل قبل الفصل، وخيار العيب إن تعيب به (فرع) (هب) ولا يجب التسليم إلى موضع العقد

(قوله) « لايحل مال امرىء مسلم » تكرر ، وتمامه « إلا بطيبة من نفسه »

(م) يلزم ، إذ هو من تمام التسليم . قلت : العقد لا يقتضيه إلا حيث جهل المشترى غيبته ، عن بلد العقد فيلزم اتفاقا وقيل له : الفسخ قبل إحضاره « مسألة » وإذا باع الشريك نصيبه فى الحيوان وحده لم يسلمه إلا بحضور شريكه أو اذنه أو الحاكم والا ضمنا حصة الشريك إذ كل منهما قد نقلها عدوانا « مسألة » (هب ى) وانما يستحق القبض باذن البائع مطلقا أو بتوفير الثمن فى العقد الصحيح فقط فللمشترى أخذه حيث وجده ، الا حيث تعلق به حق كالمرهون والمستأجر ، اذ حقهما سابق (ى) فان لم يحصل أيهما وقبضه المشترى من الغاصب فللغاصب استرجاعه إذ هو مضمون عليه . قلت : فيه نظر اذحق المشترى أقوى ، ثم ان القابض لا يبرأ بالرد الى الغاصب كما سيأتى (فرع) (ع ى) فإن كان فى يد السارق فليس له استرجاعه اذ ليس فى ضمانه لوجوب القطع ولا يجتمع عليه قطع وضمان ، بخلاف الغاصب.قلت : الأقرب أن لا فرق لما مر ، فإن قبضه من الوديع أو المستعير لا بالإذن ولا بتوفير الثمن ، فلهما الاسترجاع إذ هو متعد لا هما . « مسألة » (محمد) ولو قال المشترى للبائع : ابعث به مع غلامك لم يكن قبض الغلام قبضاً له ولو قال ادفعه اليه كان قبضاً له ، إذ هو كالوكيل حينئذ فيتلف من ماله (ى) هذا الفرق تحكم ، ولعل الفارق التعدى واللزوم . قلت : بل تحته معنى لطيف ، إذ قوله : ادفعه إلى الغلام ، أمارة ظاهرة فى أنه قد واطأ الغلام على دفعه ، وذلك توكيل صحيح ، بخلاف قوله : ابعث به ، فلا امارة فيه على مواطأة الغلام وذلك واضح بعد التأمل .

فصل فى استحقاق المبيع

« مسألة » (هـ) واذا استحق الشيء رد لمستحقه ، أمكنه الرجوع بالثمن ، أم تعذر ، لقول على عليه السلام : « اتبع صاحبك حيث وجدته » الخبر . قلت : ولا أحفظ فيه خلافاً ، فإن رده بحكم بالبينة أو بعلم الحاكم أو بأمر البائع ، رجع عليه بالثمن إجماعاً ، إذ قد بطل

(قوله) « لقول على عليه السلام اتبع صاحبك » إلى آخره ، حكاه فى أصول الأحكام عن على «أن إنساناً عرف ملكا له فى يد مشتر له. فصححه فقضى على عليه السلام بتسليمه إلى المدعى وقال للمشترى : اتبع صاحبك بما أعطيته حيث وجدت » . انتهى

العقد فصار الثمن كالدين ، لا باقراره ولا بنكوله إذ هو كالإقرار على الغير . ولا برد اليمين (ى) وعين المشترى على العلم إن صودق على الشراء وإلا فعلى القطع كما سيأتى (ى) فإن أذن البائع بالرد ولم يأمر به لم يرجع عليه إذ أنه ليس إقراراً بالاستحقاق بخلاف الأمر . « مسألة » (هب ح) ، وفسخ الحاكم العقد باستحقاق المبيع رفع للعقد من أصله، فيرد فوائده الأصلية والفرعية (ش) بل من حينه إذ رفعه وقع بالاستحقاق ولا استحقاق قبل الحكم . قلت : بل الحكم كاشف لتقدم الاستحقاق . (فرع) فان استحق بعض المبيع فتعيب الباقى بنقصانه ثبت الخيار « مسألة » ، ومن باع بدراهم ثم قبض عنها دنانير صح إذ ما فى الذمة كالحاضر، لقوله ﷺ «لا بأس» الخبر ، فاذا استحق المبيع رجع بالدنانير المدفوعة إذ بطل عقد الصرف ببطلان أصله ، وإذا استحق وقد أحال البائع بالثمن رجع به على البائع إذ حقوق العقد متعلقة به لا المستحيل، إذ هو وكيل قبض ، ووكيل القبض لا يتعلق به حق ، بخلاف وكيل العقد . « مسألة » ويصح التضمين بدرك المبيع أى بالثمن إن استحق كشرط الرهن فى الثمن ، وإذا استحق ما باعه الوصى رد الثمن من مال الميت إن كان ، وإلا استرده من الغرماء إذ لا يستحقونه ، لانكشاف الميت مفلسا فإن تعذر فمن ماله إذ قد ضمنه بقبضه وعلى اليد ما أخذت . « مسألة » وإذا استولد الأمة المشتراة ثم استحقت ، ردت للمستحق إجماعاً والاستيلاد ليس استهلاكا كالمغصوبة، والولد حر إجماعا للشبهة وعليه قيمته لمالكها إجماعا ، إذ هو نماء ملكه ، ففى حريته وضمان قيمته وفاء بمطابقة الأصول . (فرع) (على الأكثر) وإنما يضمن القيمة وعن (٢) غلام بغلام، وجارية بجارية . لنا قضاؤه ﷺ

(قوله) « لا بأس » الخبر . تقدمت إحدى رواياته . وسيأتى غيرها .

(قوله) « وعن عمر » الخ . عن مالك : « بلغنى أن عمر وعثمان قضيا فى أمة غرت رجلا بنفسها أنها حرة فتزوجت فولدت له أولاداً . أن يفدى أولاده بمثلهم من العبيد . قال مالك : وتلك القيمة أعدل ذلك عندى » . ذكره رزين .

(قوله) « لنا قضاؤه ﷺ » الخ . عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « من أعتق عبداً بينه وبين آخر ، قوم عليه فى ماله قيمة ، عدل لا وكس ولا شطط ، ثم عتق عليه فى ماله إن كان موسراً » هذه إحدى روايات حديث أخرجه الستة . وعن أبى هريرة « أن النبى ﷺ قال «من أعتق شقصاً من مملوك فعليه خلاصه فى ماله ، فان لم يكن له مال قوم المملوك قيمة عدل ثم استسعى غير مشقوق عليه» أخرجوه إلا الموطأ والنسائى . وفى ذلك أحاديث أخر .

بقيمة نصف العبد الذى أعتقه الشريك . وكتلفه مع الغاصب إجماعا ، وإنما يضمن القيمة بعد المطالبة أو إمكان الرد فإن تلف قبل ذلك فكولد المغصوب (فرع) (ه حص) والعبرة بقيمته يوم الضمان (ش) بل يوم الولادة إذ هو أول وقت له فيه قيمة .قلنا : لا معنى للتقويم قبل الضمان (فرع) (ه حص قش) ويرجع على البائع بالقيمة (قش) لا ، إذ عتقهم لا بفعل البائع . قلنا : الغرر جناية عمداً كانت أو خطأ (فرع) (ه قين)وعليه العقر أيضا ، إذ وطىء ملك غيره ولاحد، فلزم المهر ، لقوله ﷺ «وعليه المهر بما استحل من فرجها » (ك) لا ، حرة كانت أو أمة ، إذ لا حد فلا مهر كلو وطىء أمته . قلنا : العلة هنا كون منافع البضع مملوكة لغيره ، فافترقا (ه حص قش) ولا يرجع به على البائع إذ قد استوفى عوضه (لى قش) بل يرجع ، إذ هو غرم لحقه بسببه كقيمة الولد . قلنا : لم ينتفع بالولد فافترقا . وكمن غصب طعاما على غاصب فأكله فإنه لا يرجع بما غرم (فرع) . ولو زوجها المشترى عبده بطل النكاح إجماعا ، وردت وأولادها المستحق إجماعا ، إذ لا موجب لحر يتهم . قلت : وعلى السيد عقرها فلو علم المشترى بغصبها ثم استولدها ردت وأولادها إذ لا سبب حينئذ للحرية .

فصل فيما يدخل فى البيع تبعا

(ى)المتبع فى ذلك العرف العام لا الخاص « مسألة » و يدخل فى البيع ونحوه للمماليك ثياب البذلة وما تعورف به ، لا ما فى يده ولا ما للزينة للنفساق كالعمامة والمنطقة والخاتم . قلت : إلا لعرف ، وقيل ما يستر العورة فقط . قلنا : المتبع العرف « مسألة » وفى الخيل والبغال العذار (ى) واللجام فى عرفنا ، وكذا فى الحمير التى تلجم لا السرج والحزام والعباة واللبد والشكال والقيد وثقالة البغال و إكاف الحمار وحقيبة الجمل . قلت : إلا لعرف « مسألة » وفى الأرض الماء إلا لعرف كبلاد الرى وخراسان (ى) . وصنعاء، والسواقى والمساقى والحيطان والطرق المعتادة . قلت: إن كانت و إلا ففى ملك البائع إن كان ، إذ عليه التسليم ، و إلا ففى ملك المشترى إن كان و إلا فعيب(فرع) و يدخل فيها نابت يبقى سنة فصاعداً ، إذ يصير كالجزء منها سواء كان ذا ساق أم لا ، كالقصب واليقطين لا ما يقتطع منها من ورق كالخيار أو ثمر كالجوز ونحوه، فلا يدخل لانفصاله كالزرع . قلت : و يبقى للصلاح بلا أجرة ، إذ هو كالمستثنى (فرع) ولا يدخل الثمر

فى بيع الشجر كالزرع على الأرض . قلت : والأقرب عندى دخوله هنا كالصوف على الشاة ، بخلاف ما إذا دخلت تبعا لبيع الأرض ، فهو أشبه بالزرع إذ دخل الشجر لأجل بيع الأرض «مسألة» وفى الدور والسماسر ونحوها طرقها وكل ما ألصق بها لينتفع بمكانه كالأبواب والأوتاد ، وقدر الحمام والسلم المسمور ، وسفل الرحى ونحوها وما حوته عرصتها من حمام ومسجد وشجر وفسقية ، لا الرياحين ولا الحبال والخيزران المربوطة لتعليق الثياب والبسط ، إذ ليست من الدار . وكذا الدلاء والأرشية والقرسطون والقبان فى السماسر ، وكل منقول إلا المفاتيح . و يدخل فى البستان العمد والخبط لا عرش الضمير فى الأصح « مسألة » . ولا يدخل الملقى ولا الدفين ولو أحجاراً غير الأساس وعلى البائع نقله ، فإن تعيب المبيع بنقله ثبت الخيار ، إذ لم يصلحه البائع قبل الفسخ ، كلو اختل السقف فأصلحه قبل التسليم إذ هو يسير (ى) لا لو انهدم الجدار قبله فأصلحه البائع فالخيار ثابت ، لعظم المؤنة ، فيحتمل كون الآخر دون الأول ، ولا يدخل معدن ولا دفين ولا درهم فى بطن شاة أو سمك ، إذ ليس من المبيع (تضى) فان ادعى البائع ما فى الشاة فالقول له ، كالمال فى يد العبد و إلا فلقطة . وأما السمك فالاسلامى لقطة ، إذ لا يجوز ابتلاعه بعد ثبوت يده ، والكفرى والدرة للبائع إذ هو غنيمة كهى (ى) والمثقوبة والمجباء سواء . قلت : لجواز كونها كفرية (فرع) فأما العنبر والمسك فى بطنها فللمشترى ، إذ هما كالعلف (ى) لكن إن وجدت ميتة حرمت عند (هق) كالطافى ، وسيأتى الخلاف .

فصل فيمن اشترى شيئا فأعطى خلافه

« مسألة » ومن اشترى مشاراً إليه ، موصوفا غير مشروط صح وخير فى المخالف مع الجهل ، كاشتريت منك هذا البر ، فإذا هو شعير إذ لا حكم للصفة مع الإشارة لقوتها (ى) وكذا لو قال على أنه بر فإذا هو شعير . و يلغو الشرط . قلت : فيه نظر بل يلزم الشرط كما سيأتى . قلت : فإن شرط مخالف فى المقصود فسد كعلى أنها نعاج فإذا هى كباش ، أو المكس . ومقصوده غير اللحم ، و الاصح لتقارب الغرض . ومنه أن يشترى عبداً فإذا هو أمة ونحو ذلك ، إذ بطل الشرط وهو لازم إذ هو حالى فبطل المشروط . فإن خالف فى الصفة صح مطلقاً وخير فى الأدنى مع الجهل ، كعلى أنه بر أحمر فإذا هو أبيض ، إذ لم يبطل الشرط بالكلية بل حصل معظمه وهو

الجنس . وثبت الخيار لفقد الصفة . قلت : ولم يخير فى الأعلى لكمال غرضه ، فلو فرض أن معظم الغرض فى الصفة صارت كالمخالفة فى المقصود دينا فقط ، إذ الظاهر خلافه (فرع) (ه ح ى) فلو شرط كفر العبد فانكشف مسلماً . فلا خيار (ش) بل يخير إذ يرغب فى الكافر المسلم والكافر بخلاف المسلم . قلنا : المعتبر النقص ولا نقص فى الإسلام . أما لو شرط الثيوبة فانكشفت بكراً فلا خيار ، بخلاف العكس ، وإن خالف فى الجنس فكالمقصود ، إذ هو مشروط و يستوى فيه العلم . والجهل و إن خالف فى النوع فسد إن جهل البائع ، إذ جهل البائع يقتضى أنه لم يرض بإخراج خلاف ما شرط ، و إلا صح ، وخير المشترى مع الجهل ، إذ علم البائع يقتضى رضاه ، وجهل المشترى يقتضى الخيار « مسألة » فإن لم يشر وأعطاه خلافه فى الجنس يسلم البائع المبيع وما قد سلمه مباح مع العلم . قلت : وقرض فاسد مع الجهل ، إذ سلمه بعوض . وإن خالف فى النوع (ى) خير المشترى . قلت : والبائع ، إذ النوع شبه بالجنس . وفى الفاسد يترادان أرش الفضل مع الجهل (ى) فإن جهل البائع فسد للغرر . قلت : وفيه نظر . و إن خالف فى العين كبعت منك هذه الشاة فأعطى غيرها فوجهان (ى) أصحهما كالمخالفة فى الجنس . قلت : هذا سهو منه ، بل العقد صحيح مطلقا ، وما قد سلمه مباح مع العلم ، قرض فاسد مع الجهل (فرع) وقول (ه) من شرى بزرا على أنه بزر بصل فنبت كراثا رجع بأرش الفضل مع جهل البائع متأول (ط) مراده بزر الكراث الذى يسمى الشامى ، و يكون له بصل فأراد بصل الكراث لا البصل المعروف (م) أراد حيث البزران جنس واحد . قلت : ومعنى التأويلين واحد (فرع) وحيث يخير المشترى فى الأدنى وقد بذر به جاهلا خير بين الرجوع بالأرش أو تسليم الأرض بما فيها وأخذ كراها والغرامة ، فإن علم ثم بذر فلا أرش .

باب الإقالة

« مسألة » هى بيع فى حق الشفيع إجماعاً ، فسخ فى الصرف والسلم قبل القبض إجماعاً إذ جعلها فيه بيعاً يستلزم بيع المعدوم « مسألة » (هق ع ط ص قم ح ش) وهى فسخ فيما عدا الشفعة ، إذ هى لفظ يقتضى رد المبيع ، ولا يصح به التمليك ابتداء ، كفسخ المعيب ، ولصحتها من دون ذكر الثمن لا البيع (ز ن م قش) لفظ اقتضى الملك بالتراضى على عوض معلوم ، فكان كالبيع المبتدأ . قلنا :

إذاً للزم ذكر الثمن وصح ابتداء البيع بلفظها ، فافترقا (محمد) ان اختلف جنس الثمن فبيع إذ ليس برفع لماسبق ، و إلافسخ إذ رفعت ماسبق (ى) مسلم حيث اختلف الجنس . قلت : وفيه نظر . إذ يستلزم صحة ابتداء البيع بلفظها ولا قائل به (ف) إن وقعت قبل القبض ففسخ إذ القبض من تمام العقد و إلا فبيع . لنـا : ما مر . (ط والرازى) لا خلاف أنها قبل القبض فسخ . قلنا : الظاهر من المخالف التعميم (فرع) ومن جعلها فسخاً صححها قبل القبض والبيع قبله بعدها وتولى واحد طرفيها ولم يعتبر المجلس فى قبولها من الغائب،ولا صحة الرجوع عنها قبل قبولها ولا تلحقها الإجازة وألغى شرط خلاف الثمن قدراً أو صفة و تصح مشروطة ، والمخـالف يعكس « مسألة » (هب قين) ولفظها شرط ، إذ لها أحكام مخصوصة فاعتبر لفظ مخصوص كالـكتابة وهو أقلتك،أو أنت مقال، أو قد الإقالة (ع ى) بل ما أفاد الرفع حصلت به، كخذ حقك ، فقال قبلت أو نحوه إذ القصد الرفع فما تم به أجزأ كالنكاح والبيع بغير لفظهما . قلنا : إذاً لـكان لفظ الفسخ إقالة فلا تختلف أحكامهما « مسألة » (هب ى ش) و بقاء المبيع شرط فلا تصح مع تلفه ، إذ هى إما بيع و بيع المعدوم لايصح أو فسخ فلا يلحق التالف لتعذر رده كما أخذ كفسخ المعيب(ى هب قش) يلحق التالف فيترادان القيمة يوم التلف وقيل يوم القبض وقيل أوفر القيم من القبض إلى التلف ، إذ القصد بهـا رفع الغبن وهو يرتفع مع التلف كم البقاء . لنا ماس « مسـألة » والفوائد الأصلية والفرعية للمشترى اتفاقا ، إذ هى نماء ملـكه والإقالة لم ترفع أصل العقد « مسألة » (م) و تبطل الاقالة بشرط خلاف الثمن الأول قدراً أو صفة ، إذ هى بيع فلا تعلق بشرط . قلنا : بل فسخ فتصح و يلغو الشرط ، إذ هى رفع العقد ورفعه يقتضى الثمن كالمثمن « مسألة » (ى) و إذا تلف بعض المبيع صحت الاقالة فيرد الباقى وقيمة التالف كاو كانا تالفين قلت : بل لاتصح الاقالة كم تلفه جميعاً ، قيل فإن تعلقت بالباقى فقط صحت بحصته إجماعاً .قلت: إن تميزت الأثمان و إلا فلا (ى) ولا تصح فى بعض ما هو باق كله كالفسخ بالعيب قلت : القياس الصحة كالفسخ بالتراضى « مسألة » . قلت : و بقاء المتعاقدين شرط ، إذ هى رفع وليس للوارث رفع ما أبرمه المورث « مسألة » . قلت : وعدم الزيادة المتصلة فى المبيع ،شرط، إذ الفوائد للمشترى ولم تميز عن الأصل .

باب المرابحة

هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة، ولو من غير جنسه أو بعضه بحصته و زيادة، بلفظها أو لفظ البيع « مسألة » (ه قين ك) وهي مشروعة لقوله تعالى (وأحل الله البيع) (إلا أن تكون تجارة عن تراض) (حق)لا ، إذ في الثمن جهالة (عـ عم)تكره فقط ، إذ فيها تحمل الأمانة في الثمن والربح ، قلنا : لاجهالة ، وتحمل الأمانة جائز « مسألة » وشرطها معرفة قدر رأس المال والربح في المجلس إجماعاً (ى ح ش) ولو جهل تفصيله حالة العقد ، إذ إيضاحه فيه يلحق العقد ، كالتقابض في الصرف ، وقيل تفسد إن لم يعلم حال العقد ، كلو باع مالا يملك ثم ملكه في المجلس . قلت : وهو الأقرب ، إلا أن يعرف جملة في حكم التفصيل كالرقم الصحيح الممكن معرفته . قلت : وكون العقد الأول صحيحاً ، والثمن مثلياً أو قيمياً صار إلى المشترى الآخر ورابح به « مسألة » و يجوز ضم المؤن (ك)لا . قلنا لامانع لكن لا يقول اشتريته بكذا ، بل قام على بكذا ، فإن قال رأس مالي كذا ، فوجهان : (ى) أصحهما ليس له ذلك ، إذ رأس المال عرفا اسم للثمن ، وقيل : بل له ذلك ، وللمؤن المطلوب بها الربح كالصبغ والجلاء (ى) ، فإن جلاه بنفسه لم يجز الضم ، إذ لا يستحق بعمل نفسه إجارة ، وكذا ماتبرع به الغير ، ولا يضم الغذاء والدواء إذ هما للبقاء لا النماء . « مسألة » ، فإن جنى على عبد ثم رابح به حط قدر ما أخذ من الأرش . وقيل لا ، كما لا يضم الغذاء . قلت : وهو الأقرب . « مسألة »(ط) وتصح فيما اشتراه بزائد رغبة ، لكن يخير المشترى مع الجهل كشراء المعيب (ع) بل تفسد لقوله ﷺ « فلا خلابة » ، أي فلا غرر ، والظاهر إرادة أنه لا ينعقد مع الغرر . قلت : بل الظاهر الانعقاد ، ولقوله ﷺ « ولك الخيار ثلاثا » (ش) يكره للخداع . قلنا : مسلم إن لم يبين « مسألة » (هب) ، وتجوز المرابحة بما اشترى ممن يحابي كالأب والابن ، و إن لم يبين ، إلا الشريك والعبد ، كما تجوز شهادتهم (ى ش ك) ، بل تصح مطلقا (ح) لاتصح فيما شرى ممن لاتجوز شهادته له ، كشرائه من نفسه له إلا أن يبين ، إذ بيعه كالشهادة على المشترى بالثمن (فو) تجوز و إن لم يبين إلا من عبده أو مكاتبه ، إذ هو كالشراء من النفس . قلنا : لاخيانة مع البيان. قلت : ويخير المشترى إن جهل «مسألة» (ه) ، ولو استرخص الشريكان ما اشترياه بخمسين فتقاوماه بستين ، ثم اشتراه أحدهما لم يرابح إلا بخمسة وخمسين ، إذ هو رأس

ماله (ى) ولا خلاف فيه . « مسألة » (ط ش) ، وتصح المرابحة في بعض المبيع ، ويقول : قام على بكذا ، إن لم يتميز ثمنه إذ لا مانع (حص ث) لا ، ولو حصة الشريك إذ لا تعلم حصته من الثمن إلا بالتقويم ، فيكون مظنونا لا معلوما . قلنا : الظن كاف إذ لا دليل على اشتراط القطع (ك ى) يصح إذا بين فقط. قلت : ولا وجه لاشتراط البيان هنا إذ لا غرر . « مسألة »(ط م ش) ولو حدث مع المشتري فوائد أصلية وفرعية لم يمنع استهلاكها من المرابحة في الأصل إذ هي نقل المبيع بالثمن الأول وزيادة ،وقد حصل ولا يلزم تبيين ذلك . وقول (ه) إذا علم المشترى (ط) أراد الندب فقط (م) أراد رفع الخيانة فيسقط الخيار .(فرع) (هب ش) ،فإن اشترى حاملا فولدت أو نخلة مثمرة فجذها ، أو مصراة فحلبها ، أو ذات صوف فجذه . لم يرابح في الأصل إذ قد نقص المبيع « مسألة » (ه) ولا مرابحة على الرقوم إلا المعلومة لهما معا (ى) فإن كانا غير قارئين أو الرقم عجمى أو عربى لا يعلمان صدقه ، لم تصح للجهالة . قلت : فإن عرفا صدق واضعه لكنهما أميان أو خالف قلمهما لكن غيرهما يعرفه ، فالأقرب صحتها ، إذ هو مع ذلك كالمعلوم جزافاً . « مسألة » (ط م ش ك فو) وتجوز المرابحة فيما ربح به ثم استعاده بالثمن الأول لحصول حقيقتها (ع ح) لا ، إلا مع حط من الربح من الثمن الأول إذ قد انتفع ببدله كما لا يصح بمعجل فيما اشتراه بمؤجل . قلنا : العقد الآخر منفصل ، فهو كالمبتدأ . « مسألة » ، (زيه قين) ولا تجوز بمعجل فيما اشتراه بمؤجل ، فإن فعل خير المشترى للخيانة ، إذ التأجيل صفة للثمن فيها رفق (ى ح ث) ، تجوز مع التبيين إذ لا غرر فيه وإلا خير المشترى (ى) والخلاف يسير مع اتفاقهم على تخيير المشترى (فرع) فإن تلف فلا أرش ، وقيل : يلزم (ك محمد) يرجع بالثمن وتلزمه القيمة . قلنا: لا أرش في التأجيل، فإن زيد في الثمن لأجله ففاسد،فلا مرابحة . « مسألة » (ط حص) ، وعلى المرابح حط ما حط عنه بعيب أو غيره ولو بعد المجلس (الطحاوى) ولو بعد عقدها إذ الحط يلحق العقد قبل التفرق وبعده، حتى كأن المحطوط لم يكن، فيرابح بتسعة من حط عنه درهم من عشرة . قلت : أو بعشرة ثم يحط إذ الحط يلحق العقد (ى ش ص) ما حط عنه قبل التفرق حطه إذ يلحق العقد وإلا فلا، إذ يكون بعده هبة منفصلة عن العقد غير لاحقة به قلت : بل يلحق بعد التفرق لما سيأتى . « مسألة » (لح ثم يه حص) ومن اشترى بنقد ثم دفع عنه عرضاً رابح بالنقد لحصول الحقيقة (ك ل)لا،حتى يبين، إذ لا يكون دفعه الألف متحققا لجواز

نقص قيمة العرض . قلنا : الثمن الألف وهو معلوم وأخذ العرض عنه عقد منفصل . « مسألة »
(يه فو) وعلى المرابح تبيين عيب حدث معه (ح) لا، إذ الآفة السماوية لا تخفى . قلنا : لا نسلم سلمنا، فللخروج عن التهمة لقوله ﷺ «لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقف مواقف التهم »(١)
قلت : ويبين قدم عهده وكونه قد رخص بعد شرائه كالعيب . « مسـألة » (هب ح قو) ، والزيادة والنقص فى المبيع والثمن يلحقان العقد ولو بعد التفريق (ح) فيفسد بالفاسدة (فو) لا.
(ى) وهو المذهب إذ الأصل فيه (ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة) و إنما يخاطب بالصحيح لا بالفاسد (فر) ، لا تلحق الزيادة والحط بالعقد مطلقا ، بل هى هبة مستقلة .
لنا ما مر . « مسألة » (هـ) ولو اشتريا عبداً بعشرة فأقاما ثوبا لأحدهما قيمته أربعة بستة ، ودفع الآخر أربعة، ثم ترابحا باثنى عشر ، فلصاحب الثوب قيمة ثوبه أربعة، والربح على ماشرطا إذ مدفوعه فى التحقيق أربعة والربح بينهما « مسألة » (هب فو) ، والخيانة فى الثمن أو المبيع توجب الخيار فى الباقى ، والأرش فى التالف (ع ك بعصش) ، بل تفسده للجهالة عند العقد .
قلنا : لا ، كالمعيب . قلت : وكلو استحق بعضه (زلى ث قم العنبرى) ، لا خيار ، بل يرفع الخيانة إذ هو المقصود . قلنا : إنما ينجبر التدليس بالخيار لا بمجرد الحط كالعيب . (فرع) (ى هب ف) ، ويخير بين رده وأخذه مع رفع الخيانة (محمد) ، بل يكمل المسمى كالمعيب . قلنـــا : المعقود به هو رأس المال ، والمكذوب ليس منه . « مسألة » ، فإن أقر أن رأس المال كذا ثم ادعى أكثر لم تسمع بعد العقد لمـا سيأتى . «مسأ » (م) ومن أغفل ذكر الوزن اعتبر فى رأس المال بموضع الشراء وفى الربح بموضعه إذ ذاك هو الأعدل ، وكذا جنس النقد إلا بشرط فهو أملك
قلت : والربح بين الشركاء حسب الملك لا الدفع والـكسر حصته .

باب التولية

والتولية كالمرابحة إلا أنها بالثمن الأول فقط ، ويجوز ضم المؤن كما مر « مسألة » (يه قم فر) والخيانة فيهـا توجب الخيار فى الباقى ، والأرش فى التالف كما مر (ح ى قم) لا خيار ، بل ترفع الخيانة كمع التلف . لنا ما مر .

(١) لم نجده بهذا اللفظ وفى معناه ماورد عن عمر أنه قال: من وقف مواقف التهم فلا يلومن من أساء به الظن رواه المحاملى والبيهقى اهـ .

فصل فى التشريك والمخاسرة

« مسألة » ولو قال المشترى لغيره : اشتريت هذه السلعة بكذا وقد أشركتك فى نصفها ، فقبل المخاطب تجز ملك نصفها بنصف الثمن فان لم يعين فى كم أشركه فوجهان (ى) أصحهما يفسد للجهالة ، وقيل : يصح وتنصف إذ هو الظاهر . قلت : الأول أقرب كالبيع (فرع) فإن حط عن الأول شيء بعد أن أشركه اشتركا فى الحطيطة كقبل الشركة ، إذ القصد الشركة فى الثمن « مسألة » و المخاسرة أن يبيع بناقص من رأس ماله ، فيقول : بعتك بكذا على مخاسرة ، أو برأس مالى وخسران كذا . وهى جائزة كالمرابحة ، ولعموم (وأحل الله البيع)

باب أحكام البيع الفاسد

« مسألة » فاسده ما اختل فيه أحد شروط الصحة ، كجهالة مدة الخيار أو المبيع أو الثمن ، أو كون أحدهما مما لا يتملكه البائع ، و يصح لغيره كالخمر مع المسلم ، أولا يصح بيعه لصفة كالمدبر . «مسألة» (هب حص) و يملك بالقبض بالإذن ، و يصح فيه بعد قبضه كل تصرف إلا ماخصه دليل (ن ش) لايثمر الملك بعدالقبض كقبله . لنا شراء بريرة فاسد إذ هو بيع وشرط ، فقرره ﷺ وتأويل (نى) لخبر بريرة بعيد . سلمنافكالكتابة الفاسدة ، فإنه يعتق بالأداء . قالوا : الكتابة تخالف القياس ، إذ هى مقابلة ملكه بملكه ، و إثبات ملك العبد ، ورتبة بين الرق والحرية فلا يقاس عليها . قلت : يبطل القياس على هذه الوجوه لا غيرها (ى) عقد فيه تسليط فى عين يصح

باب أحكام البيع الفاسد

(قوله) « لنا شراء بريرة » تقدم .

(قوله) « وتأويل المزنى لخبر بريرة بعيد » . روى عن المزنى أنه تأول قوله ﷺ «واشترطى لهم الولاء» على أن المراد : واشترطى عليهم الولاء . قال : لان حروف الجر تتعاقب كما فى قوله تعالى (وإن أسأتم فلها) أى عليها .

تملكهابالعقد ، فصح أن يتبعها الملك ، لقوله تعالى (إلا أن تكون تجارةعن تراض) . قلت : ومتى اختل أحدها فباطل ، إذ لا تتضمنه الآية بخلاف سائر الشروط « مسألة » (هب ح) ويجوز الدخول فيه لفعل المسلمين من غير نكير وما استحسنه المسلمون فهو عند الله حسن (ق) بل محظور لظاهر النهي (ن ى ش) بل مكروه ، إذ أقل حال النهي الكراهة . قلت : إجماع المسلمين على عدم التحرج اقتضى أن النهي لكونه لا ينبرم فقط ، لا لحرج في عقده (ى) وحكم الشهادة عليه حكم عقده « مسألة » (ط ى) وما فسد للربا فحرام عقده والشهادة عليه (ط ى) ولا يملك بالقبض ، إذ دليل تحريمه لم يفصل ، لكن يرد لمالكه إن عرف ، وإلا فلبيت المال (جم) بل يملك لأجل الخلاف كسائر العقود (ى) إنما ملك في غيره لاستناده إلى عقد ، والعقدفي الربويات مرتفع للاجماع على تحريمه . قلت :وفيه نظر ، إذ المجمع عليه غير المختلف فيه ، فالأقرب ملكه بالقبض كغيره . قالوا : تسليمه كالمشروط يملك بدله فهو كعدمه . قلنا : بل مشروط بتسليمه لأجل العقد وقد وقع فصح «مسألة» ولا تكفى التخلية فى قبضه إجماعاً ، بل يعتبر نقل المنقول والتصرف فى غيره ، لضعف العقد ، إذلم يقتض نقل الملك بمجرده ، بخلاف الصحيح (تضى) من اشترى ثمراً قبل صلاحه فتلف قبل قطعه فمن مال البائع ، بناء على أن التخلية في الفاسد لا تكفى « مسألة » ولا يصح التصرف فيه قبل القبض إجماعاً ، إذ لا ملك حينئذ « مسألة » (هب ح) ويصح بعده كل تصرف إلا الوطء إذلم يملك الا بالقبض بإذن البائع،فأشبه الإباحة . قلت : الأولى التعليل بعدم استقرار الملك لتعريضه للفسخ، ولا وطء ، إلا فى ملك مستقر لتشديد الشرع فى الفروج ،وقيل بل يجوز إذ هى إباحة من كل وجه كالهدية . قلت : ملك الهدية مستقر فافترقا « مسألة » ولا تستحق فيه الشفعة إذ يملك بالقيمة ، وإنما الشفعة بالثمن (ص ى) بل تصح كلو كان الثمن عرضا . قلت : الأولى تعليل المنع بملك البائع استرجاعه بالحكم فلم يستقر انتقاله كلو شرط لنفسه الخيار « مسألة » وهو معرض للفسخ قبل القبض مطلقا إذلم يملك، وبعده بالحكم حيث لا تراضى لئلا يلزم الغير اجتهادهمن غير حكم «مسألة»(ى) وما أجمع

(قوله) « ما استحسنه المسلمون فهو عند الله حسن »لعل هذا من كلام بعض السلف[1] والله أعلم .

---

(١) هو من كلام ابن مسعود رواه أحمد وغيره باسناد حسن . ا هـ

على فساده كربا الفضل بعد انقراض الزيدين والخدرى وابن الزبير ، وكبيع المعدوم والطير في الهواء لا يفتقر قبل القبض إلى الحكم إذ لا ملك ولا خلاف وبعده يفتقر إليه الخلاف في ملكه بالقبض ، ومالم يجمع على فساده كأم الولد والزيادة لأجل الأجل ، افتقر قبل القبض لقطع الخلاف ، وبعده حيث لا تراضى لقطعه الخلاف ورفع الملك . قلت : ولا يتعذر الفسخ بموت أيهما ، كالايبطل به وجوب التراد كاسيأتي . « مسألة » والفرعية فيه قبل الفسخ للمشترى مطلقا لقوله ﷺ « الخراج بالضمان » وهي في ضمانه ، أي يتلف من ماله فاستحق منافعه بدلا عن ضمانه (ى ح) والأصلية أمانة ، إذ هي نماء ملك من استقر له وتطييب بتلفه قبلها ، إذ الواجب حينئذ قيمته فقط وبفسخه بالرضا فقط ، إذ هو كعقد جديد . « مسألة » وإذا فسخت الأمة بعد تزويجها فالمهر للمشترى إذ هو خراج ، ويبقى النكاح إذ صدر من أهله وصادف محله (ى) ، يفسخ لبطلان ملك العاقد قلت : بل يبقى لقوته كالبيع (ط ح) ، وأما الاجارة فتنفسخ لجواز فسخها للعذر ، إلا أن يجيزها البائع فتكون له من الفسخ ، وقيل لا ، إذ تسليم المبيع كالاذن بالتصرف . قلنا : لانسلم ، وأما الرهن والعارية فينتقضان لبطلان ماترتبا عليه ، ويمنع من رد عينه الاستهلاك الحسى كالإتلاف فتجب قيمته (يه ن لش) ، يوم قبضه إذ هو وقت الضمان ، وقيل يوم الاستهلاك إذ هو وقت التقويم (لش) ، أقل القيم من القبض إلى التلف ، لقبضه برضا البائع ، فأما ما يقل تفاوته كالمثلي والبيض والجوز فيضمن بمثله . « مسألة » (هم) ، والحكمى كالحسى وهو الغزل والطحن والذبح والصبغ والقطع والزرع والوقف والعتق والبيع والهبة والطبخ فهي استهلاك هنا إذ قبضه برضا مولاه ، فهو مسلط له عليه ، بخلاف الغصب فلم تكن فيه استهلاكا .

(قوله) « بعد انقراض الزيدين والخدرى وابن الزبير » . قلت : أراد بالزيدين : زيد بن ثابت وزيد بن أرقم ، ولم يؤثر عن زيد بن ثابت شيء في ذلك ، وكذلك ابن الزبير ، وأما زيد بن أرقم فسيأتي ذكره . وأما ابن عباس فتقدم ماروى عنه . وأما الخدرى فالمروى عنه تحريم التفاضل لاجوازه كما تقدم .

(قوله) « الخراج بالضمان » تكرر .

« مسألة » (هب ح) ، والبنـاء فى العرصة استهلاك . قلت : وكذا الأحجار (فو) لا . قلنـا كصبغ الثوب ، و إذ البائع كالمسلط على ذلك فلم يرجع بالعـين كالمبيح من كل وجه . قلت : وفيه نظر . « مسألة » (يه حص) ، و يصح من المشترى كل عقد بعد القبض لملكه (ن ش) لا . قلنا : بناء على أنه باطل . (فرع) فإن باع أو وهب بعد المطالبة بالفسـخ ففيه تردد (ى) الأصح نفوذه ما لم يحكم بالفسخ أو يفسخ بالرضا لأجل الملك . « مسألة » (م) ، وعلى البائع رد الزائد على القيمة من الثمن إلى المبتاع أو ورثته ، وعلى المشترى التوفية إن نقص عنها ، إذ الواجب القيمة فقط ، فإن غاب المـالك فكالمفقود ، فإن أيس من معرفته لو عاد ، جاز الدفع إلى الورثة أو الإمام أو الحاكم ، فإن عاد بعد اليأس استرجع له ، إذ هو عين ماله ، فإن دفعه إلى الامام فلا ضمان إلا على بيت المال (فرع) (ى) ، و إنما يجب تراد الزيادة بين البائع والمشترى بعد التفاسخ لا قبله ، إذ كل قد رضى بما صار إليه ، وأذن باستهلاك ما دفع . وقيل : بل يجب مطلقاً ، إذ هو مضمون بالقيمة . قلت : والزائد كالمبـاح (ى) ولا وجه لتقدير اليأس بالعمر الطبيعى إذ لادليل عليه ولا يحصل به إلا الظن فيجب اعتبار الظن سواء حصل بالمدة أو غيرها قلت : وهو قوى . قال : ولا يصرف بعد أن صار لا مالك له إلا فى المصالح لا فى الفقراء إذ لم مال مخصوص . لكن يجوز للامام فقط لأجل الولاية « مسألة » (جطم ى) وربح ما ملك بعقد فاسد وأجرته للمشترى لما مر . (جم جم ح) ، بل يتصدق به ، إذ ملك من وجه مخالف لحكم الشرع كالغصب . قلنا : علة الأصل الأخذ من وجه محظور فافترقا . وقيل موقوف ، إن أجازه البائع فله إذ هو بصدد الرجوع إلى ملكه و إلا تصدق به ، لما مر . قلت : لاتأثير لا جازة من لم تكن إليه ولايته . « مسألة » (ق) ، و إذا وكل العبد من يشتر يه من سيده فالثمن للسيد إن كان من ماله والثمن على المشترى . (فرع) (ى) والمأذون يعتق فى الصحيح بالعقد إذ ملك نفسـه فيه ، وفى الفاسد بالقبض ، ولا يقبض نفسه إذ هو الى الوكيل . و يملـكه الوكيل لحظة مختطفة ثم ينتقل الى العبد فيعتق بملك نفسه والولاء للبائع إذ هو المعتق بالبيع (فرع) (ى هب) و يرجع الوكيل على العبد بالثمن كوكيل الحر (ط) ، إن علم أنه عبد صار متبرعا ، إذ لايملك فلا يرجع عليـه. قلنا : الوكالة صحيحة فلزمه حكمها (ط) ، و يحتمل أن يرجع بالقيمة كالمغرور بالجارية . قلت :وفيه نظر (فرع) فإن شراه إلى ذمته ثم دفع من مال السيد ، صح الشراء والعتق لا القضاء إجماعا .

فان اشتراه بعين مال السيد ، فكذلك إن كان نقداً إذ لا يتعين على الخلاف ، وقد مر و إلا فسد فيعتق بالقبض . قلت : بناء على أن الشراء بالعرض المغصب فاسد لا باطل وفيه نظر . (فرع) فإن كان محجوراً فلا حكم لأمره إذ لا تصرف له فلا يعتق إلا بإعتاق الوكيل إن شاء والولاء له اذ هو المالك ، ولا يرجع على العبد إذ لا ذمة له حال رقه (ى) ، لكن يغرم مادفع بعد العتق إذ هو غرم لحقه بسببه وهو حر . وقيل : لا . « مسألة » ، (ى هب ح) ، و إذا فسخ الفاسد فللمشترى حبس المبيع حتى يعود له الثمن إذ هو أحق به اذا أفلس (ن ش)، لا، بناء على أن الفاسد باطل . « مسألة » (ه) ويحرم الربا والكالىء بالكالىء فى الفاسد كالصحيح ، اذ العلة المعاوضة على صورته ولعموم النهى . « مسألة » (ى) وليس للحاكم فسخ العقود الصحيحة المترتبة على الفاسد بعد القبض لصحتها . قلت : إلا الإجارة كما مر .

باب البيع الباطل

« مسألة » لا ملك بعقد باطل إذ هو كعدمه (ى) ، ولا ضمان لما قبض بإذن مالكه المرشد ، بل هو أمانة . قلت : فيه نظر ، إذ هو مباح بعوض . « مسألة » ، قلت : ضابط الباطل ما اختل فيه العاقد أو فقد فيه ذكر الثمن أو المبيع أو صحة تملكهما كالميتة والدم . لا الخمر ففاسد لصحة تملكها فى حال (ى) وكذا المدبر وأم الولد والمكاتب (ى) أو بيع المعدوم كالمضامين والملاقيح أو فقد فيه العقد كالملامسة والحصاة . « مسألة » (يه) ، والمعاطاة باطلة لعدم العقد وهو الموجب لانتقال الملك (م) ، بل فاسد يملك بالقبض إذ دفع له ﷺ درهمان فى قدح فقال : خذ ، ولم يعقد . قلت : لعله محقر . (فرع) قلت : والمال حيث بطل لخلل العاقد غصب إذ لا حكم لرضاء مالكه هنا ، وفيما عداه يكون كذلك إلا أنه يطيب ربحه و يبرأ من رد إليه ولا أجرة إن لم يستعمل ، ولا يتضيق الرد إلا بالطلب إذ قبضه برضاء المالك لا على وجه حظر فهو كالمباح .

(قوله) « إذ دفع له ﷺ درهمان فى قدح » هو حديث بيعه ﷺ للقدح والحلس عن الانصارى وقد تقدم .

باب الصرف

قلت : هو بيع الذهب والفضة بذهب أو فضة ، ولا يسمى غيره فى الاصطلاح صرفاً . «مسألة» ويحرم التفاضل فى متفق الجنس إجماعاً بعد انقراض الزيدين وأسامة وابن الزبير ، ورجوع ابن عباس حين روى له قوله ﷺ «الذهب بالذهب مثلا بمثل» وقوله ﷺ : « من زاد فقد أربى » «مسألة» وشروطه أربعة: الأول المماثلة وتعرف بالوزن لاغير إجماعا ، ولايكفى الظن.(فرع) (م) ، فإن ظنا التساوى حال العقد ثم تيقناه بعده لم يصح ، إذ تيقنه حال العقد شرط ، للخبر (فو) ، بل يصح مطلقا لانكشاف المماثلة وهى المقصود (ى خى ك) ، إن انكشف فى المجلس وإلا فلا ، لقوله ﷺ « لا بأس إذا لم تفترقا وبينكما شيء» قلت : أراد لا بأس ببيع مافى الذمة ، إذ هو جواب لمن سأل

باب الصرف

(قوله) « بعد انقراض الزيدين وأسامة وابن الزبير » قلت : أما زيد بن ثابت فلا يعرف له حديث فى ذلك والله أعلم . وأما زيد بن أرقم فعن أبى المنهال : قال سألت زيد بن أرقم والبراء ابن عازب عن الصرف ، وكل واحد منهما يقول : هذا خير منى ، وكلاهما يقول : «نهى رسول الله ﷺ عن بيع الذهب بالورق ديناً» وفى رواية قال أبو المنهال :« باع شريك لى ورقا بنسيئة إلى الموسم ، أو إلى الحج ، فجاء إلى فأخبرنى ، فقلت : هذا أمر لا يصلح قال قد بعته فى السوق فلم ينكر على أحد . قال: فأتيت البراء بن عازب فسألته فقال:قدم النبى ﷺ ونحن نبيع هذا البيع فقال ما كان يداً بيد فلا بأس به . وما كان نسيئة فهو ربا، وائت زيد بن أرقم فانه أعظم تجارة منى فأتيته فسألته فقال مثل ذلك» هذه رواية البخارى ومسلم ، ولمسلم أيضاً والنسائى نحو من ذلك. وأما أسامة فتقدم حديثه وحديث ابن عباس عنه وأما ابن الزبير فلم أقف على شىء فى ذلك عنه . والله أعلم .

(قوله) « ورجوع (عـ) » تقدم .

(قوله) « الذهب مثلا بمثل » وقوله «من زاد فقد أربى» تقدم جميع ذلك فى الربويات .

(قوله) « للخبر » هو مامر آنفاً .

(قوله) « لا بأس » الخ . فى رواية لأبى داود « وعن ابن عمر قال : كنت أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير، آخذ هذه من هذه، وأعطى هذه من هذه ، فأتيت رسول الله ﷺ وهو فى بيت حفصة فقلت يارسول الله رويدك اسألك =

عنه . الثانى : الحلول ، لقوله ﷺ «إلا هاوها» . (فرع) (ى يه) والتأجيل يفسده ولو حل قبل التفرق ، إذ يخالف موجب عقده وهو التعجيل (ى) لا . لقوله ﷺ « لا بأس إن لم تفترقا و بينكما شيء» لنا مامر (فرع) (هب قين) والتفرق المعتبر تفرق الأبدان لا المكان ، فلوا نتقلا إلى جهة أخرى معا فلا تفرق خلاف (ك) ، لنا قوله ﷺ « ما لم تفترقا » ، وكذا لو ناما أو أغمى عليهما . الثالث : التقابض فى المجلس لقوله ﷺ « ما لم تفترقا و بينكما شيء » ولو حصلت إحالة أو رهن صحا إن أسلم الحويل والكفيل قبل تفرق المتعاقدين ، ولا يفسد بذهاب الحويل أو الكفيل عن المجلس قبل التقابض إن بقى المتعاقدان . « مسألة » ، وما فى الذمة كالحاضر فيتقاصان ، ولو حدث الدين بعد العقد (خى ح فو) ، لا تقاص فيما وجب بعد الصرف ، إذ لا قبض ولا ضمان بالقبض . قلنا : بل ما فى الذمة كالحاضر . الرابع : الصيغة ، وهى لفظه أو أى ألفاظ البيع (م) ، بل لفظه فقط ، إذ له حكم مخصوص . قلنا : عقد معاوضة فجاز بغير لفظه ، كالبيع . وقول (عم) فتأخذ عوض الدراهم دنانير . بلفظ الأخذ . «مسألة» ولا يشترط حضور المالين عند العقد (ن بعضها)[1] يشترط . لنا خبر . (عم) .

فصل فى أحكام الصرف

« مسألة » الشروط الأربعة معتبرة فى الجنس الواحد ، وإن اختلف ضربة أو صحة وتكسيراً ، أو سوداً أو بياضاً ، أو رداءة وجودة ، أو ليناً وقسوة ، إذ العلة الجنسية « مسألة » (٥ قين) ، وكذا المصوغات (عك) ، يجوز التفاضل فيها ، إذ هى قيمية كالسلع . قلنا : لم يفصل دليل التحريم . « مسألة » (الأكثر) ، و يعتبر التساوى فى الصحيح والمكسر وقيل :

= انى أبيع الابل بالبقيع فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، آخذ هذه من هذه ، وأعطي هذه من هذه ، فقال رسول الله ﷺ لا بأس أن تأخذها بسعر يومها مالم تفترقا وبينكما شيء » وفى رواية له أخرى بمعناه . ولم يذكر بسعر يومها .

---

(١) فى نسخة بدل بعض : بص

يجوز مرة إذ يعني عنها لا التكرار . قلنا : لم يفصل دليل تمر خيبر . وقوله ﷺ «من زاد فقد أربى».

«مسألة» (هق م حص) ، ويصح بيع الصحيح بالمكسر ، وضربة مخصوصة بأخرى . والعتيق بالجديد مع التساوي (ش) لا ، إذ تفاوت القيمة كتفاوت العين ، لقوله ﷺ « فلا إذن » . قلنا : الجفاف نقصان عين فافترقا . قال : « أنكر أبو الدرداء على معاوية تجويز بيع المصوغ بالتبر متساويا . وكتب (٢) الى عمّاله بتركه . قلنا : حكاية فعل لم يعرف وجهه سلمنا فاجتهاد « مسألة » (ى) ، وإذا انكشف في أحد البدلين زيادة مشاعة وجب ردها وهي مضمونة إذ أخذت معاوضة ، ولمالكها أن يطالب بعينها أو يأخذ عوضها ماشاء . قلت : والأقرب أن يفسد العقد لفقد يقين التساوي حاله . « مسألة » (هـ) ، والحيلة في صرف الجيد بأكثر منه رديئا أن يصرفه بغير جنسه ثم يشتري به الرديء (هـ ط لى) ، ولا يصححه ذلك ولا الجريرة إلا حيث تساوى المتقابلان. لقوله تعالى (إلا أن تكون تجارة عن تراض) ولا رضاه بدون المساوى في العادة وإنما يفعل ذلك توصلا الى الزيادة فقط ، لا رضاً به . ولقول (ع) «إياك أن تشتري دراهم بدراهم وبينهما جريرة » . وعنه : « اتقوا هذه البيعة » ولم ينكر (خعى م ى قين) بل يكره فقط . ويصح لظاهر قوله تعالى (وأحل الله البيع) إذ الظاهر الرضا ، ولا عبرة بالضمير ولإباحته ﷺ الحيلة في خبر تمر خيبر ، ولم يشترط المساواة . قلنا : ولا نفي اعتبارها فاعتبرت لما مر . (ى) ، فإن لم يكن للجريرة قيمة رأساً ولا لجنسها لو كثر فلا تأثير لادخالها اذ لا مقابل للزائد حينئذ . قلت : وحيث لا قيمة لها ولجنسها قيمة لا يصح أيضا ، وقيل يصح كالناقصة ، لنا ما مر . (ى) ، ومع المساواة يصح التوصل إجماعاً « مسألة » (هـ م ط ى حص) ، ولا يبطل الصرف

(قوله) « لم يفصل حديث خيبر » وقوله «فقد أربى» تقدما . وكذا قوله «فلا إذن» .

(قوله) « أنكر أبو الدرداء على معاوية » الخ . تقدم .

(قوله) « ولقول (ع : إياك أن تشتري دراهم بدراهم وبينهما جريرة » حكاه عنه في أصول الأحكام .

(قوله) « ولاباحته ﷺ الحيلة في تمر خيبر » تقدم بعض روايات الحديث ، وليس فيه تصريح بأنه يباع التمر الرديء من صاحب التمر الجيد بسلعة أو دراهم ثم يشترى بها منه التمر الجيد على وجه الحيلة ، وإنما ظاهره الأمر ببيع التمر الرديء من أي مشتر ، ثم شراء التمر الجيد من أي بائع ، من غير قصد إلى الحيلة ، والله أعلم .

بعدم التقابض فى بعضه ، بل فى حصة الناقص لقوله ﷺ «لا بأس إذا لم تفترقا و بينكما شىء» فيترادان الزائد و يصح فى المساوى (ك ش) بل يبطل كله كلو صرف خمسة بستة . قلت : العقد ها غير صحيح فافترقا « مسألة » (ه ح ش) ، ولا يباع معدن ذهب بذهب. ولا معدن فضة بفضة لفقد علم التساوى اذ لا يعلم كم فى المعدن ، فإن علم أن الخالص أكثر صح ، اذ الزائد يقابل التراب حيث له قيمة كبيع الزبد بالرايب و الا فلا . « مسألة » (ه قين) ، ومن باع معدن فضة بذهب أو العكس فسد لجهالة قدر ما فى المعدن (م) ، وقول (ه) ، ولهما الخيار أراد فسخ الفاسد (ع) ، بل خيار الرؤية (ط) فيه بعد اذ يقتضى الجهالة . قلت : ولعل وجه الجهالة هنا أنه لاقيمة للتراب فكان كبيع الغائب المجهول القدر (بص خعي عه ك) ، بل يصح إذ التراب كالاناء فهو كبيع سمن فى زق . قلنا : السمن متميز مشاهد فافترقا « مسألة » (ه حص) ، و إذا اختلط معدنا الذهب والفضة جاز بيع أحدهما بالآخر ، اعتباراً لمقابلة كل غير جنسه ، إذ العقد إذا احتمل وجهى صحة وفساد ، حمل على الصحة ، إذ هى الظاهر (ش) لا ، لقوله ﷺ لمن أراد أن يبيع بذهب خرزاً معلقة بذهب « لا حتى تميز » . قلنا : لعل الذهب المنفرد كان أقل مما فى الخرز فمنع . « مسألة » (هب) ، وتراب حوانيت الصياغة الذى تختلط به البرادة لا يباع بجنس مايستعمل فيها ، و يجوز بغير جنسه . فإن استعمل فيها الجنسان جاز بيع بعضه ببعض ، اعتباراً كما مر (ك) يمتنع مطلقاً للجهالة . قلنا : هو متميز كسمن فى زق (عـه خعي بص ل) ، يجوز مطلقا . قلنا : التفاضل محرم ، ومعرفة التساوى شرط لما مر . (فرع) ، وثمن هذا التراب لبيت المال ، إذ لا مالك له هنا معين . « مسألة » (ه م ط ش) ، وصرف خمسة بستة لا يصح لقوله ﷺ « إلا مثلا بمثل » (ط ش ى) ، وهو باطل إذ علته الربا ، والإجماع على تحريمه . (م) بل فاسد الخلاف (ح) بل يصح خمسة بخمسة و يرد الزائد. قلنا : عقد واحد فلا يتبعض حكمه فلا يصح . والأقرب فساده لما مر . (فرع) (ه) وتجب المرادّة للنقدين فى هذا العقد ، وماقد خرج عن يد قابضه رد مثله (م) إذ هو فاسد عند (ه) تخريجاً من هذه المسألة ونحوها يملك بالقبض ، فإخراجه عن الملك استهلاك (ط) بل باطل ، لكن النقد لا يتعين فى العقود

(قوله) « لقوله ﷺ لمن أراد أن يبيع بذهب خرزاً » الخ . تقدم .

فاذا خرجت من اليد كان استهلاكا ، يوجب رد مثلها لضعف تعينها (ى) بخلاف السبيكة فتستفدى مالم تستهلك فيتقاص المستوى و يرد الزائد . « مسألة » ، و يصح صرف رديء الجنس والصفة بالجيد متساويا ، لقوله ﷺ « لافضل بينهما » ولم يفصل . فأما المكحل ونحوه من مزبق ومذهب فيفصل إن أمكن ، و إلا لم يصح لتعذر معرفة التساوى . فأما المغشوش بالمغشوش فيصح اعتباراً حيث الغش قيمة لما مر ، لا العكس ، كغش المظفرى وهو نصف العشر فكالمزبق والمذهب إنما يغش بالفضة فيجوز بيع مغشوشه ببعض اعتباراً .

فصل

و إذا اختلف الجنس فشرطه الحلول لما مر . والتقابض فى المجلس والصيغة كما مر . ويجوز التفاضل إجماعا لقوله ﷺ « فبيعوا كيف شئتم يداً بيد » ويصح بيع الجنس بجنسه وغير جنسه إجماعا يداً بيد . « مسألة » (ه حص قش عك) ، و يصح صرف ما فى الذمة بما فى الذمة اتفق الجنس أم اختلف ، إذ ما فى الذمة كالمقبوض ، بدليل صحة التصرف فيه الى من هو عليه (قش عك)لا ، إذهو كالىء بكالىء ، وقد نهى رسول الله ﷺ عنه . قلنا: بل الكالىء بالكالىء بيع النسأ بالنسأ كبيع طعام معدوم بدين . « مسألة » (عم) ثم (يه قين) و يصح صرف مافى الذمة بحاضر ، إلا أن يكون ثمن صرف أو سلم ، إذ لاتصرف فيهما قبل قبضهما بحال ، لما سيأتى إن شاء الله تعالى (ابن شبرمة) لا . إذ ما فى الذمة معدوم فليس كالحاضر . قلنا : إذاً لامتنع التصرف فيه بكل وجه (ك) يصح فى الحال لا المؤجل إلا بعرض ، إذ المؤجل ليس كالمقبوض بخلاف الحال . قلنا : مسلم إن لم يحل الأجل فى المجلس (ع عو) يكره فقط لشبهه بالمعدوم . قلنا : لا ، مع قوله ﷺ : « لا بأس » الخبر « مسألة » (ه ح ش) ويصح عقد الصرف بما ليس هو موجوداً فى الملك حال العقد لما مر (فر) لا ، إلا أن يعين جهته كمن صندوق

(قوله) « لا فضل بينهما » عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال « الدينار بالدينار لا فضل بينهما ، و الدرهم بالدرهم لا فضل بينهما » أخرجه مسلم و الموطأ .

(قوله) « فبيعوا كيف شئتم » الخ . تقدم .

أو اقترضه من فلان ، و إلا فكالىء بكالىء . قلنا : سوغه قوله ﷺ : « لا بأس » الخبر .
« مسألة » (ه) و إذا انكشف فى أحد النقدين ردىء عين ، و يسمى ستوقا ، أوجنس ، و يسمى زائفا والعقد إنما وقع على الجيد ، بطل بقدره ، الا أن يبدل الأول فى مجلس الصرف لحصول التقابض ، و إلا بطل قدره ، إذ العقد صحيح حيث عقد على مساو فى القدر . وأما الثانى فيصح إن أبدل فيه أو فى مجلس الرد ، إذ هو عيب ، فان كان قد علمه صح ، ولا رد كالمعيب .
(فرع) (يه) وله فى الثانى طلب إبدال الكثير كاليسير (عح) أما فوق النصف فلا إبدال ، بل يبطل العقد (عح) يبدل ما دون الثلث لا الثلث فما فوق فيبطل (حش) إن عينت الدراهم فلا إبدال بل يخير بين الفسخ والرضا ، إذ تتعين بالتعيين وان لم تعين (بمصش) لا إبدال كالمعين (بمصش) بل يبدل كقولنا (فر) يبطل بحصته كردىء العين قليلا كان أم كثيراً (فرع) (ه) فإن شرط فى العقد رد الردىء صح إن تقابضا فى المجلس (ط) أراد أن شرط الرد فى المجلس لا يفسد العقد ، إذ هو من موجبه ، فإن افترقا قبل الابدال بطل بقدره ، ولا إبدال ولا تأثير للشرط لعدم التقابض .
قلت: الأقرب أن كلام (ه) هنا متعلق بردىء الجنس فقط ، وأراد أنه إن شرط رد الردىء فافترقا ، وهو مجوز له أو عالم به لم يكن ذلك رضا مع الشرط لا مع عدمه ، إذا لم يكن رضاً فله الفسخ قبل التفرق أو بعده ، ولا إبدال بعد التفرق كالمعيب ، و إلى هذا أشار (م) بالله وأما ردىء العين فلا تأثير للشرط فيه بوجه بل يبطل قدر الردىء إن لم يبدل فى المجلس ، لا خلاف فيه إلا (لح) فقال يصح بالابدال بعد التفرق قياساً على سائر الأثمان . قلنا : ثمن الصرف مخالف لغيره لما مر من الآثار « مسألة » (ى) ومن صرف دراهم بدنانير أو العكس ، تعين نقد البلد أو الأغلب فيها وحيث لا أغلب وجب تمييز ما أراده بما يتميز به « مسألة » (ه) ولا يجوز بيع مصحف أو نحوه محلى بجنس الحلية (ط م) أراد حيث لا يغلب المنفرد وإلا صح اعتباراً خلاف (ش) . لنا ما مر فإن باعه بغير جنسها صح إجماعاً مع التقابض « مسألة » ولا يصح صرف الجنس بجنسه جزافا ولا عدداً لفقد علم التساوى « مسألة » (أبى ثم طا أبو بكر بن عبد الرحمن) ثم (ه ك ح) ومن ربح فى دراهم غصب تصدق به إذ ملكه من جهة حظر ، كشاة الأسارى (مى) بل يطيب ربح المضمون بالغصب ، لقوله ﷺ « الخراج

(قوله) « كشاة الاسارى » سيأتى فى الغصب إن شاء الله تعالى .

بالضمان » لا المسروق لعدم الضمان مع وجوب القطع فيتصدق بربحه . قلنا : خبر الشاة لم يفصل « مسألة » (هقين) و يصح صرف بعض مشاع كنصف دينار ونحوه (ك) لا ، حتى يقطع فى المجلس و يتقابضا لقوله ﷺ « إذا لم تفترقا و بينكما شيء » وفى المشاع تبقى بينهما القسمة . قلنا : قد ملك كل نصيبه وقبضه وهو المقصود والقسمة أمر خارج « مسألة » (ك) والفلوس كالنقدين فى الصرف قياساً (ع ح ف) لا ، إذ لم يرد حكم الصرف ، فى غير الذهب والفضة وهو فى موضع التعليم ، فالفلوس كالعروض . قلنا : مطبوعة على السكة ونقشها للتعامل بها فقيست عليها (ط) تصح الشركة فيها فاقتضى كونها كالنقد عنده (ش) يجوز السلم فيها مطلقة فاقتضى كونها عنده كالنقد (فرع) (هب ح) ومتى كسدت فلم تنفق فى شيء قط فسد بيع المبيع بها لبطلان العوض . وأما المستقرض فيرد مثلها إذ هو الواجب فى القرض (فو) بل تلزم قيمتها فى البيع والقرض ، إذ تعذر تسليمها لكسادها فأشبه تلف القيمى (ش) بل هي الواجب فى البيع والقرض ، إذ كسادها لا يبطل استحقاقها (ى) بل كسادها عيب فيخير البائع والمقرض فى قبولها وردها . قلت : وإذا ردها عاد التردد فى الواجب والأقرب قول (ش) « مسألة » (ه ش ف ك ل عى) ولا يحل الربا فى دار الحرب لعموم الأدلة (خعى ح محمد) بل يجوز لقوله ﷺ « لا ربا بين المسلمين وأهل الحرب فى دار الحرب » قلنا : يحتمل أن النفى بمعنى النهى ، أى لا يجوز فيحمل عليه ليوافق الأدلة وثمرته رفع إيهام حل الربا فيها لكونها دار إباحة « مسألة » (ك ى حص) و إذا استحق أحد البدلين فى الصرف ثم أجازه المستحق بعد التفرق نفذ إذ هو عقد موقوف وقد تقابض المتعاقدان (ح) وكذا لو أجازه قبل التفرق (ك فر) لا ، إذ التفرق من تمام العقد ولا إجازة قبل تمامه . قلت : بناء على اعتبار تفرق الأبدان فى العقود .

باب القرض

هو من القطع ، إذ يقطع المقرض بعض ماله ، وهو مستحب لقوله تعالى (وتعاونوا على البر والتقوى) وقوله ﷺ « من كشف عن مسلم كربة » الخبر ونحوه (ع عو أبو الدرداء) لأن

(قوله) « لاربا بين المسلمين وأهل الحرب » حكاه فى الشفاء .

باب القرض

(قوله) « من كشف عن مسلم كربة » الخبر . ونحوه . لفظه عن أبى هريرة عن النبى ﷺ =

نقرض مرتين أحب إلينا من أن نتصدق مرة واحدة . وموقعه أعظم من الصدقة إذ لا يقترض إلا محتاج « مسألة » وهو مكرمة شرعها الشرع لحاجة المحتاج ، أو ضمان الشيء بمثله بالتراضي ، ويخالف المعاوضة بامتناع الأجل وعدم اعتبار التقابض .

فصل

وصيغه : أقرضتك أو أعطيتك أو خذ هذا بمثله أو قرضاً . وفي اعتبار القبول وجهان (ى) أصحهما لا يفتقر كالإذن بالاتلاف ، إذ ليس بمعاوضة محضة . وقيل يفتقر كالمعاوضة ، إذ يملك بالقبض كالمبيع «مسألة» (هب) و يملك بالقبض إذ له فيه بعده كل تصرف كالهدية ، وقيل لا يكفي القبض حتى يتصرف فيه ببيع أو هبة أو إتلاف أو تلف في يده إذ للمستقرض رد عينه فلم يكن لازماً. قلت : انما لزم قبول الرد لوجوب قبول الايفاء كلو رد مثله (ى) بل هو جائز من جهة المستقرض إذ لاعقد هناك ، ملزم ، وأما المقرض فلا يجوز له الرجوع لخروجه عن ملكه بقبض المستقرض . وقيل له الرجوع أيضاً مهما بقيت العين (ى) لكن بالحكم في الأصح كالبيع الفاسد . قلت : الحق أنه ليس بجائز من الجهتين معاً ، ووجوب قبول الرد لوجوب قبول الايفاء لا للجواز « مسألة » و إنما يصح ممن يملك التصرف والتبرع ، إذ هو تمليك ، فلا يصح من عبد وصبي ومحجور ولا يصح من المضارب إذ فيه إبطال النمو . ومن وكل بشراء شيء لم يكن له أن يقرضه ولا ثمنه لمخالفة المقصود . (فرع) (ى) وللمتولى إقراض فضلات المساجد لمصلحة ، إذ مقصودها المصالح الدينية حيث

= أنه قال: «من نفس عن مؤمن كربة من كرب الدنيا، نفس الله عنه كربة من كرب يوم القيامة ، ومن يسر على معسر يسر الله عليه في الدنيا والآخرة ومن ستر مسلماً ستره الله في الدنيا والآخرة والله في عون العبد ما كان العبد في عون أخيه » هذا طرف من حديث أخرجه مسلم وغيره . وعن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال « المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ، ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ، ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة، ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة» أخرجه أبو داود، وعن أبي هريرة قال قال رسول الله ﷺ «من أنظر معسراً أو وضع له أظله الله يوم القيامة تحت ظل عرشه، يوم لا ظل إلا ظله » أخرجه الترمذي .

المستقرض ملىء يوثق بالرد منه « مسألة » ومن صح قبوله البيع صح استقراضه ، إذ هو معاوضة. «مسألة» ومن أبيح له الطعام لم يملك مالم يستهلك . وقيل ما أخذ من لقمة ملكها بالقبض كالهدية فلا يصح للمبيح استرجاعها . وقيل لا يملك حتى يضعها في فيه ، فله استرجاعها . وقيل لا يملك إلا بالابتلاع فله الاسترجاع قبله (ى) وهو الأصح ، إذ لا موجب للملك قبل الاستهلاك «مسألة» ويصح في كل مثلى أو قيمى جماد أمكن وزنه وقل التفاوت فيه : كالخشب والحطب والريحان إجماعاً (فرع) (يه حص) ولا يصح في الحيوان لعظم تفاوتهما كالجواهر والواجب رد المثل فيمنعه التفاوت (صابان ق ك ى ش ل عى) وعن (م) يصح «إذ اقترض ﷺ بكراً ورد بازلا» . قلت : قضاء عن القيمة بالتراضي و إلا لرد بكراً « مسألة » (ه حص) ولا يصح قرض الرقيق لما مر (في الطبرى محمد بن داود الظاهرى) يجوز كجعلها مهراً (شص ك) يجوز فيمن يحرم وطؤه على المستقرض كالحيوان لا من يحل . إذ عقده جائز غير لازم ، فأشبه العارية (بعض الخراسانيين) يصح مطلقا لما مر ولا يحل له الوطء لما مر . لنا ما مر في قرض الحيوان «مسألة» (هقش) و يصح قرض الخبز لضبطه بالوزن ، وقلة تفاوته كغيره (ح قش) لا كالجواهر . قلنا : تفاوته أقل « مسألة » وللمستقرض رد البدل مع بقاء عين القرض ، إذ قد ملكها « مسألة » و يجب رد مثله قدراً وجنسا وصفة إلى موضع العقد . وإن اختلف ، سعر يوم القبض والقضاء ، إذ الواجب المثل . وعلى المقرض قبول القضاء لتبرأ ذمة المستقرض ، إلا حيث سلمه ناقصا قدراً أو صفة ، أو يخاف من قبضه ذهابا أو مؤنة (فرع) ويجب

(قوله) « إذ اقترض ﷺ بكراً ورد بازلا » عن أبى رافع قال : «استسلف رسول الله ﷺ بكراً فجاءته إبل الصدقة فأمرنى أن أعطى الرجل بكره ، فقلت : ما أجد إلا جملا خياراً رباعياً فقال رسول الله ﷺ : أعطه إياه ، فان خيار الناس أحسنهم قضاء» أخرجه مسلم والموطأ وأبوداود والترمذى والنسائى . وفى ذلك أحاديث أخر ، وليس فى شىء منها ذكر البازل . والله أعلم . وقد ذكره الرافعي كافى الكتاب ، فقال ابن حجر : هذا اللفظ تبع فيه الغزالى فى الوسيط وهو تبع الامام فى النهاية وزاد أنه صح . ثم قال : والذى فى الصحيحين . وساق الحديث الخ . ثم قال بعد كلام « فتبين أنهم لم يوردوا الحديث بلفظه ولا بمعناه » .

قبض كل معجل مساو أو زائد فى الصفة لا لزام (٢) امرأة كاتبت عبداً قبول تعجيل العبد قبل النجوم المضروبة ولم يخالفه أحد . قلت : إلا مع خوف ضرر أو غرامة (م ع) و يصح شرط حط البعض إذ لا مقتضى لمنعه « مسألة » (ه حص) ولا يصح قرض القيمي إن كثر تفاوته وتضمن قيمته لا مثله (الطبرى) بل مثله لما مر فى الحيوان . لنا ما مر والقول للمقترض فى قدره وجنسه وصفته إذ الأصل البراءة « مسألة » ولا يصح قرض الحب المسوس والسمن والسليط والعسل المغشوشة ولا الغليل والعلس والشعير المخلوط بدقاق التبن، والدراهم المغشوشة بغير متميز، لتعذر تحقق رد المثل فيضمن تالفه بالقيمة كالقيميات « مسألة » والسفتجة اسم فارسى للورقة التى يكتب فيها المقترض للمقرض أن يقضى من بلد أخرى وذلك جائز مع عدم الشرط إجماعاً ، إذ لا وجه يفسده، (فرع) (ى ط صش) فإن شرط المقرض ذلك لغرض له لم يصح لقوله ﷺ « كل قرض جر نفعا فهو ربا » (ق) بل يجوز لظهوره فى المسلمين من غير نكير . قلنا : لا نسلم مع الشرط (فرع) وعارية النقدين قرض إجماعاً إذ لا ينتفع بها إلا بإتلافها . قلت : إلا لعيار أو تجمل كما سيأتى إن شاء الله تعالى (فرع) (ض زيد والوافى) وفاسد القرض لا يملك بالقبض فلا يصح فيه تصرفه وقيل: بل يملك كفاسد البيع إلا أن العبد لا يعتق لو أعتقه مستقرضه لضعفه إذ يشبه العارية لوجوب رد مثله وهى لا تصحح العتق ففاسده أولى .

فصل

ولا يفسد بشرط يوافق موجبه ، كشرط رد مثله أو رده بالعيب ونحوه وما يؤكده كشرط الرهن

(قوله) « لا لزام (٢) امرأة » الخ . روى « أن امرأة كاتبت عبداً لها على ثلاثين ألف درهم منجمة، فأتى العبد بالمال مبتو احدة ، فأبت المرأة أن تقبض المال إلا فى النجوم التى اشترطتها، فجاء العبد إلى عمر فقال له: هات المال، فصبه العبد كاملا ، فوضعه عمر فى بيت المال وأطلق العبد من الرق، وأرسل إلى المرأة أن مالها قد صار فى بيت المال فتأخذه أى وقت شاءت» هكذا نقل عن الانتصار فى هذا الموضع. والذى فى الشفاء « أن أنس بن مالك كاتب عبده فجاءه بالمال قبل محله فامتنع من أخذه» فأخذه عمر فتركه فى بيت المال. وروى أن عمر قال للعبد: اذهب فقد عتقت. والله أعلم .

(قوله) « كل قرض جر نفعاً فهو ربا » حكاه فى الشفاء .

والضمين والاشهاد ، لرهنه ﷺ « درعه من يهودي في شعير » ولو قال: أقرضتك هذا على أن أقرضك غيره أو أهب لك صح القرض إذ لا جهالة ولغا الشرط إذ هو وعد فاما في البيع فيفسد ، إذ يصير الثمن مقابلا لما وعد بهبته و بيعه وهو مجهول (فرع) فإن شرط رد خير مما أعطي كجيد عن رديء فر با (الغزالي) يجوز ولا يلزم الوفاء . لنا الخبر فإن شرط المقرض رد أقل مما يسلم فوجهان (ى) أصحهما يجوز كالو وهب له الزيادة وقيل: لا . إذ هو خلاف موجبه. قلت: بل يوافقه إذ شرع للرفق (فرع) وفي اشتراط الزيادة في غير الربويات كبعير ببعيرين عند من أجازه وجهان (ى) أصحهما المنع ، لقوله ﷺ « كل قرض جر منفعة فهو حرام » وقيل يجوز لرواية (عم) « أمرني رسول الله ﷺ أن أجهز جيشا فأخذت البعير ببعيرين » قلت : لا على وجه القرض أو من دون شرط جمعا بين الأدلة فأما في الربويات فيفسد إجماعا للخبر (فرع) (الأكثر) وللمقرض قبول الأفضل مالم يشرطه (بعض ها) لا . لنا « أنه ﷺ اقترض نصف صاع فرد صاعا » الخبر ونحوه (فرع) (ى) وفي

(قوله) « لرهنه ﷺ درعه » الخ . سيأتي في الرهن إن شاء الله تعالى .

(قوله) « كل قرض » الخ . تقدم بمعناه قريباً. وفي الشفاء عن ابن عباس وابن مسعود وأبي ابن كعب أنهم نهوا عن كل قرض جر منفعة. ولعله أصح . وفي التلخيص مالفظه: «حديث أن النبي ﷺ نهى عن قرض جر منفعة» وفي رواية « كل قرض جر منفعة فهو ربا» قال عمر بن بدر في المغني: لم يصح فيه شيء. وأما إمام الحرمين فقال :إنه صح . وتبعه الغزالي وقد رواه الحارث بن أبي أسامة في مسنده من حديث علي باللفظ الأول ، وفي إسناده سوار بن مصعب وهو متروك ورواه البيهقي في المعرفة عن فضالة بن عبيد موقوفا بلفظ « كل قرض جر منفعة فهو وجه من وجوه الربا » ورواه في السنن الكبرى عن ابن مسعود وأبي بن كعب وعبد الله بن سلام وابن عباس موقوفاً عليهم انتهى .

(قوله) « لرواية ابن عمر أمرني رسول الله ﷺ » الخ . الصواب أن الراوي لهذا الحديث هو ابن عمرو بن العاص ، وقد تقدم .

(قوله) « الخبر ونحوه » روى « أن النبي ﷺ اقترض نصف صاع فرد صاعاً ، واقترض صاعاً فرد صاعين» والله أعلم . وقد تقدم حديث أبي رافع وعن أبي هريرة قال: « كان لرجل على رسول الله ﷺ شيء من الابل ، فجاءه يتقاضاه فقال: أعطوه فطلبوا سنه فلم يجدوا إلا سناً فوقها، فقال أعطوه . فقال: وفيتني وفاك الله. فقال النبي ﷺ: إن خيركم أحسنكم قضاء » أخرجه البخاري ومسلم والترمذي . وفي رواية « أنه أغلظ لرسول الله ﷺ حين استقضاه ، وقالوا : لا نجد له سنه ، حتى هم به بعض أصحابه ، فقال : دعوه فان لصاحب الحق مقالا » وذكر نحوه .

فساد القرض بالشرط المفسد كالأجل ، ودرهم بدرهمين ، تردد : الأصح يبطل كالبيع « مسألة » ولا يجوز سلف و بيع . كبعتك هذا على أن تقرضنى كذا « لنهيه ﷺ عن بيع وسلف »

فصل فى أحكامه

« مسألة » (يه) وليس لمن تعذر عليه استيفاءحقه حبس حق خصمه ، ولا استيفاؤه إلا بحكم . لقوله ﷺ « ولا تخن من خانك»«لا يحل مال امرىء مسلم »الخبر (ص ش) يجوز من الجنس وغيره ، لقوله تعالى (فاعتدوا عليـه) ولقوله (فجزاء سيئة سيئة مثلها) ولقوله ﷺ لامرأة أبى سفيان « خذى مايكفيك » الخبر ونحوه (م ح) يجوز من الجنس فقط ، لقوله تعالى (بمثل ما عوقبتم به) (بمثل ما اعتدى عليكم) (ى) يجوز من الجنس،ثم من غيره ، لتعذره دينا لاشرعاً لنا : « ولا تخن من خانك » فأما أمره لامرأة أبى سفيان فانه كالحكم . قلت : الأقرب اشتراط الحاكم حيث يمكن الخبر . فان تعذر جاز الجنس وغيره لئلا تضيع الحقوق . ولظواهر الآى .

« مسألة » (م ط ض زيد قين عم[1])ولا يصح الإنظار بالقرض ؛ إذ هو تبرع كالعارية (ي ك عم) يصح كثمن المبيع . قلت : التأجيل نقص للعوض ، وموضوع القرض تماثلهما فافترقا « مسـألة » (ه قين).وأجرة نقاد القرض على المقرض ، إذ عليه تمييزه من ماله ، فان طلب المقترض الإعادة فعليه « مسألة » و يصح اقتراض الوديعة من مالكها إجماعا ، وكذلك الغصب برضا مالـكه . إذ لا مانع . ولا يصح قرض مجهول كطعام لم يكل ، وفضة مغشوشة . كما مر « مسألة » وقرض آنية الذهب والفضة فاسد لتفاوتها فى الصيغة،وتضمن بالقيمة« مسألة »(بص هر وو عمر بن عبدالعزيز ابن سيرين) ثم (ق ن م)ولا يحل الدين المؤجل بموت من هو عليه ؛ إذ هو حق له ، فصار لوارثه (قين لك عى ث) بل يحل لانتقاله من الذمة إلى التركة ، والأعيان لاتعلق لها بالآجال . قلنا : بل إلى ذمة الوارث ، بدليل جواز القضاء من ماله . قالوا : من خلّف عبداً مستغرقا لم ينفذ عتق الوارث فيه

(قوله) « لنهيه ﷺ عن بيع وسلف » حكاه فى الشفاء وتقدم نحوه .

(قوله) « ولا تخن من خانك » سيأتى فى الوديعة إن شاء الله تعالى .

(قوله) « لا يحل مال امرىء مسلم » تـكرر .

(قوله) « لقوله ﷺ لامرأة أبي سفيان» الخ تقدم .

---

(١) عم : يعنى رواية عن أبى العباس

لتعين الدين فيه . قلنا : تعلق به حق كالرهن . إذ لهم القضاء من غيره « مسألة » (هب الأكثر) وكل دينين استويا فى الجنس والصفة تساقطا لتقابل الحقين (ن لى) لا . قلنا: لاوجه للمطالبة مع تساوى الحقين « مسألة » و يتضيق رد الغصب ونحوه قبل المراضاة ، والدين بالطلب فقط فيستحل من مطل إذ قد أساء فلزمه الاعتذار « مسألة » و يصح الإقرار والنذر والوصية والحوالة بما فى ذمة الغير لقبولها الجهالة ، لا البيع والهبة ، إلا إلى من هو عليه ، أو الضامن به . إذ لا جهالة معهما .

باب

والسلم والسلف فى معنى واحد . وهو تعجيل أحـد البدلين ، وتأجيل الآخر ، مع شروط مخصوصة ، والأصل فيه (إذا تداينتم بدين) (ع) السلم داخل فيها . وقوله ﷺ « من أسلف فليسلف فى كيل معلوم » والإجماع على كونه مشروعا إلا (يب) فنعه « لنهيه ﷺ عن بيع ماليس عند الإنسان » . قلنا : أراد بيع عين معدومة ، أو تمر نخل معدوم . فأما فى الذمة فجائز كالبيع . ولقوله ﷺ « من أسلم فليسلم » الخبر ونحوه . وللحاجة اليه كالبيع « مسألة » (م ط ع شص) وشروطه سبعة (ز) ثلاثة : الأجل ، والمكان ، والصفة (هـ) خمسة (ى) من نقص من السبعة

باب والسلم . الخ

(قوله) « (ع) السلم داخل فيها » لفظه فى الشفاء قال ابن عباس « أشهد أن السلف إلى أجل مسمى قد أحله الله تعالى فى كتابه ، وأذن فيه . ثم تلا هـذه الآية يعنى (يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين) إلى آخرها — وقد ذكر نحو ذلك فى التلخيص ونسبه إلى الشافعي . والطبرانى والحاكم والبيهقى ، ثم قال : وقد علقه البخارى .

(قوله) « وقوله ﷺ من أسلف » الخ . لفظه عن ابن عباس قال « قدم رسول الله ﷺ المدينة وهم يسلفون فى التمر العام والعامين ، فقال لهم : من أسلف فى تمر ففى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلوم» أخرجه البخارى ومسلم ولأبى داود والترمذى والنسائى نحوه .

(قوله) « لنهيه ﷺ عن بيع ما ليس عند الانسان » تقدم بمعناه . وزاد فى بعض الروايات « ورخص فى السلم » .

(قوله) « من أسلم فليسلم » الخبر . تمامه « فى كيل معلوم ، أو وزن معلوم إلى أجل معلوم » هكذا فى الشفاء وأصول الأحكام .

فانما داخلها فقط وسنعيها « مسألة » و ينعقد بلفظ السلف، أو السلم إجماعا . كأسلمت إليك ، أو أسلفتك هذا فى كذا . وفى انعقاده بلفظ البيع وجهان : (ى) أصحهما . ينعقد كالصرف . وقيل : لا ، كبعتك ثوبا فى ذمتى بكذا . قلنا : إن استكمل الشروط فلا مانع .

فصل فى الشروط

الشرط الأول فى رأس المال وفيه مسائل «مسألة» يجب قبضه فى المجلس ، و إلا انقلب كالكالىء بالكالىء (ه قين ث) فيفسد (ك) لايشترط ، كفى البيع . لنا : مامر « مسألة » و يصح من النقد إجماعا (يه قين ك) ومن العرض الحاضر لصحته ثمنا (ن فو) لا ، لتأديته إلى الشجار فى قيمته إن تعذر المسلم فيه . قلنا : التجويز غير مانع ، و إلا لزم فى البيع ، و إذ هى صورة نادرة . « مسألة » و يصح العقد عليه قبل وجوده فى الملك ، مع وصفه بما يتميز به ، كهى نقد فى الذمة . قلت : مع قبضه قبل التفرق ، و إلا بطل لما مر «مسألة» (يه شص) و يصح جزافا كثمن المبيع (ن حص ك) لا ، للجهالة . قلنا : كثمن المبيع « مسألة » و إذا انكشف فيه ردىء فكما مر فى الصرف ، لاشتراكهما فى اشتراط القبض فى المجلس « مسألة » ولا يصح فيما يحرم فيه النسأ . اذ التأجيل شرط لما سيأتى « مسألة » ولا يصح إسلام الدين الى من هو عليه قبل قبضه إجماعا ، اذ ليس مقبوضا (ه ع ط ش) ولا الوديعة إلا بتجديد قبض ، إذ يد الوديع يد المالك (ن م) لايحتاج لحصولها فى قبض المستلم وهو المقصود . قلنا : يده يد المالك ، فلا بد من تغييرها بتجديد قبض « مسألة » (ه حص) ولو قال : أسلمت إليك هذه العشرة والعشرة التى فى ذمتك صح فى العشرة المسلمة ، دون العشرة التى فى الذمة ، إلا أن يحضرها قبل التفرق (ش ك فر ث) بل يبطل لعدم تعيين القدر المقابل للدين . قلنا : لايمنع كلو عقدا على عشرين فتعذرت عشرة من الثمن أو من المسلم فيه « مسألة » (ه ك فو) و يصح إسلام جنس فى جنسين وعكسه ، كفى البيع (أكثر قين ث) لا ، لجهالة القدر المقابل لكل جنس ، وقد نهى عن بيع الغرر . قلنا : لا جهالة كما مر فى البيع (هب صح) و يجوز الرهن والحوالة والكفالة فى رأس المال إن قبض قبل التفرق كما مر فى الصرف . اذ الوثاقة تأكيد للعقد «مسألة» (يه) و يشترط تجويز الربح والخسران من الجانبين إذ هو مع تيقن الربح كقرض جر منفعة (م ى حص) لا يشترط . إذ المبيع مرتخص وغال : قلنا : بناء على تجويز

بيع الشيء بأكثر من سعر يومه لأجل النسأ وقد أفسدناه «مسألة» (يه حص ش) و يصح إسلام المكيل في الموزون، والعكس كفي البيع (ن فر) لا، لما مر. قلنا: مرّ الجواب. (الشرط الثاني) في المسلم فيه: وفيه «مسائل» «مسألة» يجب ذكر قدره وجنسه ونوعه وصفته إجماعا لقوله ﷺ «في كيل معلوم» الخبر فيصح من الأعمى الذي كان بصيراً اجماعا، لمعرفته الصفات والألوان قبل عماه (ى،أكثر صش) وكذا الأكمه. اذ لم يفصل الدليل (ني ابن سريج ابن أبي هريرة) لا. لجهله الصفات والألوان. قلنا: الوصف يرفع الجهالة كفي البيع «مسألة» و يصح مؤجلا إجماعا. لقوله ﷺ «الى أجل معلوم» (ه ح ك عى) ولا يصح حالا للخبر، ولقوله تعالى (بدين إلى أجل مسمى) (ش) لا يشترط إذ هو معاوضة كالبيع. قلنا: فصل الخبر والقياس على الكتابة إذ كل منهما عقد إرفاق ولأن موضوعه تعجيل أحد البدلين وتأجيل الآخر «مسألة» ولا يشترط من صفاته إلا ما يكون مقصوداً للمنفعة وتختلف به القيمة متعارفا له عبارة موضوعة و يكفي حصول أقل درجاته إذ هو المتيقن فلو شرط دقة غزل الأبريسم لم يعتبر أن يكون كغزل العناكب بل ما يسمى دقيقا عرفاً «مسألة» ولا بد من كيله أو وزنه حيث أمكن ليكون معلوم القدر و يجوز كيل الموزون هنا والعكس إذ القصد التحقيق، ولا يكفي العدد إلا حيث علم تساويه كالجوز «مسألة» ولا يصح تعيين مكيال يقدر تعذره للحلول بل مكيال بلد كبير لايجوز اجتياحه في مدة أجله لئلا يؤدي إلى الجهالة ولا تعيين ثمر شجرة أو أرض أو لبن بقرة معينة، أو ثوب من صنعة رجل معين أو محلة صغيرة لتجويز التعذر والأصل فيه قوله ﷺ «في كيل معلوم» وقوله لليهودي «ولا أسمي لك حائطاً» (ق) وللمسلم إليه أن يشتري الوفاء من المسلم إذ هو المقصود «مسألة» فإن أسلم في شيء

(قوله) «ولا أسمي لك حائطاً» حكي في أصول الأحكام والشفاء عن الهادي إلى الحق عليه السلام يرفعه إلى النبي ﷺ «أن يهودياً قال له يا محمد إن شئت أسلمت إليك وزناً معلوماً في كيل معلوم في تمر معلوم إلى أجل معلوم من حائط معلوم. فقال رسول الله ﷺ لا يا يهودي ولكن إن شئت فأسلم وزناً معلوماً إلى أجل معلوم في تمر معلوم في كيل معلوم ولا أسمي لك حائطاً. فقال اليهودي نعم وأسلم إليه فلما كان آخر الأجل جاء اليهودي إلى رسول الله ﷺ يتقاضاه فقال «يا يهودي إن لنا بقية يومنا هذا» فقال اليهودي: إنكم معشر بني عبد المطلب قوم مطل، فأغلظ له عمر، فقال له رسول الله ﷺ انطلق معه إلى موضع كذا وكذا فأوفه حقه وزده كذا وكذا للذي قلت له» انتهى.

على انه ان لم يتيسر كان عليه شيء آخر لم يصح اجماعاً لنهيه ﷺ عن بيع وشرط أو عن شرطين فى بيع» «مسألة» ولا يصح الاشتراك فى المسلم لاستلزامه الفسخ بينه و بين المسلم فى البعض من غير رضا (ه قين ل) ولا فى المسلم فيه ، ولا التولية إذ هو تصرف قبل القبض، وقد منعه قوله ﷺ «ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك» (ك) يصحان إذ الشرع انما منع بيعه قبل القبض والشركة والتولية ليستا بيعاً . لنا عموم قوله ﷺ «فلا يصرفه إلى غيره» فأما بعد قبضه فيصحان وله فى رأس المال بعد قبضه كل تصرف اجماعاً «مسألة» (ه قين) ويفسده خيار الشرط إلا أن يبطل قبل التفرق كما مرّ فى الصرف (ك) يجوز .قلنا . بناء على عدم اعتبار المجلس «مسألة» وفاسد السلم باطل فيترادان الباقى و إلا فمثل المثلى وقيمة القيمي إجماعاً و يقوم يوم القبض إذ الضمان من وقته وللمسلم أن ياخذ عوض رأس المال ما شاء كسائر الديون فإن أرادا تصحيحه ترادا ثم عقدا لئلا يكون بيع كالىء بكالىء «مسألة» (ه م ك) و إذا بطل بفسخ أو عدم جنس لم يؤخذ إلا رأس المال أو قيمته يوم القبض ان تلف ، ولا يبتع به قبل القبض شيئا (ش فر) له أن يشترى به من المسلم إليه ما شاء . لنا قول على عليه السلام «لا تأخذ شيئا من غير سلمك» وهو توقيف (هب ش) و يصح انظار معدم الجنس إذ لا مانع ، وله الفسخ إن شاء ، وسواء كان تعذره لافلاس المسلم إليه أو لانقطاع ما أسلم فيه عن أيدى الناس (ح) لا فسخ بافلاس لأجل الرجاء مالم ينقطع عن أيدى

(قوله) «لنهيه ﷺ عن بيع وشرط» الخ . تقدم .

(قوله) «ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك» هكذا يروى. والأقرب أنه إنما ورد عن على عليه السلام ما يتضمنه ، لاعن النبى ﷺ ولفظه فى المجموع عن على عليه السلام قال «من أسلف فى طعام إلى أجل فلم يجد عند صاحبه ذلك الطعام فقال خذ من غيره بسعر يومه لم يكن له أن يأخذ إلا الطعام الذى أسلم فيه أو رأس ماله ، وليس له أن يأخذ نوعاً من الطعام غير ذلك النوع» .

(قوله) «فلا يصرفه إلى غيره» عن الخدرى قال قال رسول ﷺ «من أسلف فى شىء فلا يصرفه إلى غيره قبل أن يقبضه» أخرجه أبو داود .

(قوله) «لنا قول على عليه السلام» إلى آخره . حكى فى المجموع عن على عليه السلام أنه قال «لا بأس أن تأخذ بعض رأس مالك و بعض سلمك ولا تأخذ شيئاً من غير سلمك» انتهى.

الناس . قلنا : القصد تعذر الايفاء فلا فرق ، فإن أمكن البعض لم ينفسخ فى حصته ، لكن يخير لقول على عليه السلام « لا بأس ان تأخذ بعض سلمك » (ه قين) و يرتجع بقية رأس ماله (لى) لا يرتجع إلا كله . لنا قول على عليه السلام ولم يخالف « مسألة » ولا يلزم المسلم أخذ ما نقص عما وصف إلا برضاه ، لقوله تعالى (عن تراض) (ى) فإن بذل عوضا عن الرداءة حرم أخذه ، إذ الصفة لا تفرد بالبيع ، و إذ لا يتصرف فى المسلم قبل قبضه لما مر ، و يلزمه قبول الزائد فى الصفة (ط) إذ هى تابعة للذات لا القدر ، لإمكان فصلها مع لزوم المنة بأخذها ، والصفة قد يتسامح بها لجواز بيع الردىء بالجيد صفة لا قدراً (ى) وفيه نظر ، فإن المنة بالصفة كالمنة بالعين ، ومن ثمة قال ﷺ لأبى هريرة « إذا سقط سوطك فانزل له » (فرع) فإن أعطاه خلافه فى النوع (ى) لم يجب قبوله قولا واحداً ، وفى الجواز وجهان : يجوز قبول الأعلى كالصفة ، و يحرم قبوله كالمخالفة فى الجنس إذ هو تصرف قبل القبض « مسألة » (ه) و يجوز(1) قبول ما عجل لتبرأ ذمة المعجل كما مر فى القرض ، فإن امتنع فوجهان : يجبره الحاكم إذ هو حق عليه (مش) لا بل يقبضه إلى بيت المال حتى يقبله لفعل (٢) قلت : وهو قوى « الشرط الثالث » الأجل وفيه مسائل « مسألة » وهو شرط لما مر ، و يجب كونه معلوماً للخبر و يصح تقييده بالشهر الرومى والعربى ، والأيام المشهورة كالعيدين والنفرين ، و يوم عاشوراء لتعينها ، فإن أطلق العيد أو ربيع أو جمادى تعين الأول . و إن عين النيروز أو المهرجان ، عيد اليهود أو فطير اليهود ، أو فصح النصارى والشعانين صح ، ان عرفها المسلمون لا اليهود وحدهم إذ لا يوثق بقولهم (م) لا يصح التوقيت بها ، إذ قد يتقدم وقتها و يتأخر ، وحمل عليه اطلاق (ه) المنع (ح) لا يقيد بصوم النصارى إذ ليس معلوماً ، و يصح إلى فطرهم بعد تلبسهم بالصوم إذ هو معلوم (ش) يصح بصومهم ان علم وقته (ط) النيروز معلوم عندنا . قلت : يعنى فى العراق

(قوله) « لقول على عليه السلام » الخ . تقدم آنفاً .

(قوله) « إذا سقط سوطك فانزل له » الظاهر رواية هذا الحديث عن أبى ذر لا عن أبى هريرة ، ولفظه عن أبى ذر قال : « دعانى رسول ﷺ فقال : هل لك إلى البيعة ولك الجنة ؟ قلت نعم و بسطت يدى ، فقال رسول الله ﷺ وهو يشترط على ألا تسأل الناس شيئاً ، قلت نعم ، قال ولا سوطك إن سقط منك حتى تنزل فتأخذه » هذا طرف من حديث رواه أحمد وله شواهد .

(قوله) « لفعل (٢) » تقدم فى القرض .

---

(١) نسخة : و يجب

فيصح التقييد به « مسألة » (ه قين) ولا يصح إلى الحصاد ونحوه للجهالة (ثور ك) يصح إذ هي معلومة لنا قوله ﷺ «لاتبايعوا إلى الحصاد » الخبر . (ه) ولا يصح إلى قدوم غائب ونحوه للجهالة ، ويصح إلى وقت العطاء إن كان معلوماً « مسألة » (صش) ولو قال إلى يوم كذا ، حل بفجره وإلى ليلة كذا حل بغروب شمس اليوم الذى قبلها ، وإلى شهر كذا أو غرته حل بأوله وهو غروب شمس آخر يوم من الشهر الأول (ح بعصش) فان قال محله يوم كذا أو شهر كذا حل بأوله أيضا كالطلاق، وقيل يفسد للجهالة (ى) ولو قال أسلمت إليك إلى رأس الشهر لم يصح، اذ لا يعلم أى يوم يطالبه . قلت : بل المذهب فى ذلك كله أن له إلى آخر اليوم المطلق ورأس شهر هو فيه لآخره و إلا فالشروق فى أول يوم فيه السلم واليمين بفجره والطلاق والعتق برؤية هلاله كما سيأتى «مسألة» ولو أجله خمسة أشهر تعينت القمرية إذ هى المعهودة فى الشرع لقوله تعالى (يسألونك عن الأهلة) الآية و يعتبر بالأهلة لا بالعدد الا حيث دخل بعض الشهر اعتبر بالعدد وما بعده بالأهلة لقوله ﷺ «فإن غم عليكم فأكملوا العدة ثلاثين يوما»[1] «مسألة»(ى)ولو قال إلى شهر تدفع كل أسبوع رطلا صح (بعصش) . لا ، قلنا : ما جاز إلى أجل جاز إلى أجلين « مسألة » فان ذكرا أجلا فاسداً ثم أبطلاه فى المجلس وعيناه صحيحا (بعصش) صح (ى) لا إذ المجلس كالحريم للعقد قلت : فإن ترادا ثم عقدا صحيحا صح كما مر (ى) فان لم يذكرا الأجل فى العقد وذكراه قبل التفرق صح كالتقابض . قلت : ويلزمه مثله فى تصحيح الشرط الفاسد «مسألة» (م عصح[2]) وأقل أجله ثلاث لاعتبارها فى كثير من التأجيلات كتأجيل الشفيع ومطلوب التعديل والجرح. ونحوهما (ص) بل أربعون يوماً إذ هو أقل ما يحصل به ثمرة كالعطف و بعض الشعير (ن)بل أقله ساعة إذ يحصل بها الأجل (ى) ولا نص للقاسمية والمختار قول (م) لما مر « مسألة » (ه) وله إلى آخر اليوم المطلق (ط) والقياس أن يحل بالفجر لما مر لولا قوله ﷺ «لنا بقية يومنا» «الشرط الرابع » المكان « مسألة » (زيه ن ث فر) ذكره شرط فى العقد إذ العقد لا يقتضى التسليم فى موضعه

(قوله) « لا تبايعوا إلى الحصاد » الخبر . قيل عن ابن عباس عن النبى ﷺ انه قال : « لا تبايعوا إلى الحصاد والدياس ولا تبايعوا إلا إلى أجل معلوم » . والله أعلم .
(قوله) « لنا بقية يومنا » تقدم . وكذا الأخبار التى بعده إلى قوله قال عمر .

---

(١) لم يتكلم عليه المخرج وهو فى الصحيحين عن أبى هريرة ولفظه«صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فان غمى عليكم فأكملوا العدة ثلاثين » وله روايات .
(٢) عصح : يعنى رواية عن أصحاب أبى حنيفة .

كما مر فوجب تعيينه فى السلم فيكون معلوما (بص شريك والمنبرى فو) لا يشترط لقوله ﷺ « فى كيل معلوم » الخبر . ولم يذكر المكان . قلنا : اتكالا على القياس (ح) ان كان لحمله مؤنة اشترط والا فلا إذ لا فائدة . قلنا لم يفصل الدليل (صش) ان عقدا حيث لا يصلح التسليم كالطريق اشترط والا فقولان . لنا: ما مر وكالزمان (فرع) فلا يلزم المسلم قبوله فى غير المكان المشروط، ولو بذل المسلم إليه الأجرة لم يحل أخذها، إذ لا يحل أخذ العوض عن المسلم فيه، فكذا عن موضع تسليمه . فإن عين السوق وجب إليه ، وإن قال إلى البلد فإلى خلف السور إن كان ، و إلا فإلى أطرف دار فيها «الشرط الخامس» معرفة إمكانه للحلول « مسألة » (ى ه ش ك) ولا يضر عدمه عند العقد ، إذ لا ثمرة لوجوده حينئذ ، بل عند الحلول (ن حص) بل يشترط إذ ما بعد العقد محل التسليم ، إذ يجب قبول المعجل فتقده فيه كفقده عند حلوله . قلنا : «أقر رسول الله ﷺ أهل المدينة على إسلام السنة والسنتين» والرطب ينقطع فى ذلك ، وكون عقيب العقد محلا للتسليم لا يوجبه إذ لا يتضيق ، فإن تعذر عند الحلول انفسخ العقد ، كلو قارن ، وكتلف المبيع قبل التسليم فإن انقطع الجنس قبل الحلول وغلب فى الظن استمرار انقطاعه ففى انفساخه قبل الحلول تردد (ى) الأصح لا ينفسخ إلا بعده «مسألة» (ى) وعقد السلم غير لازم ، فلكل منهما فسخه لقوله ﷺ «ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك » فخير وأطلق ، وقيل بل لازم كالبيع . قلت : وهو الأقرب للمذهب وتخييره ﷺ كان حيث تعذر الجنس عند الحلول ، والسبب يشهد له .

فصل فيما لا يصح السلم فيه

« مسألة » (عو يه ز ن عى ح) ، لا يصح السلم فى الحيوان لعموم نهيه ﷺ عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة . قلت : ولعظم تفاوته (عى ع) ثم (يب بص خعى صابا ق م ى لش ش مد) يصح لامكان ضبطه بالصفة ، ولما مر فى القرض . قلت : قال (م) : « إن من الربا أبوابا لا تخفى ، و إن منها السلم فى السن » ولم يخالف . وقوله ﷺ أرجح من فعله لصراحته .

(قوله) قال عمر « إن من الربا أبوابا لا تخفى ، وإن منها السلم فى السن » حكاه فى أصول الأحكام عن ابن عمر لا عن عمر والله أعلم .

ويؤكده قوله صلى الله عليه وآله وسلم « لاتسلموا إلا فى كيل معلوم ووزن معلوم » والحيوان ليس كذلك (فرع) (لهم) فإن أسلم فيه ذكر جنسه كعبد، ونوعه كرومى، وصفته كأبيض، وسنه كابن عشر أو عشرين وقامته كخمسة أشبار أو ستة، إذ قامة الرجل الكامل سبعة أشبار، لاغير ذلك من كونه أدعج مدور الوجه، ونحوها من صفات الأعضاء لعدم انضباطه، ويزيد فى الأنثى البكارة، وجعودة الشعر لا خماصة البطن، وثقل الردف ونحوها، ويصح فى أعور أو أعرج أو أعمى، وفى الخيل حصان أو رمكة عربى أشقر أغر محجل ونحو ذلك من خيل بنى فلان طوله كذا، وكذا فى الإبل مهرى أو أرحبي أبيض، بسيط الخلق، مجفر الجنبين، منتفخ الخواصر غير مود، أى ناقص الخلق قصير العنق، ويذكر البلد واللون وقصر العنق، ولا يحتاج ذكر الطول فيها، إذ هو غير مقصود. وفى الغنم السن، والنوع، والذكورة والأنوثة، والبلد واللون، والسمن وطيب اللحم. وفى البقر كذلك، إن أراد اللحم، فإن أراد الحرث ذكر صفات العوامل. وفى البغال الذكورة والأنوثة، واللون والفراهة، والنوع كالحبشى والسروجى. والبراءة مما يعاب؛ والسن والكبر. وفى الطير المأكول الجنس والنوع، والكبر والذكورة والأنوثة. والتى للصيد كذلك وما يتميز به عند أهل المعرفة والتى هي للريش كالنسور والعقبان، الجنس والنوع والصفة (ى)، ويجوز السلم فى الجراد حياً وميتاً ونياً ومطبوخا. وفى الصيود كالأوعال والظباء والغزلان والأرانب. فيذكر فيهما ما يذكر فى الغنم، ويصح السلم فى الحى مما يصاد بالشرك لا بالسهام والكلاب إذ الغالب فيها الموت. وفى صيد البحر لإمكانه. فيذكر النوع والجنس والصفة والصغر لا السن لتعذر معرفته. « مسألة » (هب حص ش)، ولا يصح في الجلود لعظم تفاوتها، فالورك غليظ قوى والصدر ثخين رخو، والظهر رقيق ضعيف فلا يضبطه الذرع لاختلاف أطرافه، ولا الوزن إذ قد يتفقان فيه ويختلفان فى القيمة (ك المسعودى). يصح، لنا ما مر. « مسألة » (ه حص أكثر صش) ولا يصح فى الجواهر كاللؤلؤ والزبرجد والياقوت والعقيق (المسعودى): إن أراد بها السحق للأدوية صح لا الحلية. قلنا: تفاوتها عظيم فصعب ضبطها. « مسألة »، ولا يصح فى الترياق إذ يتخذ من الأفاعى فنجس، ولا فى السموم لتحريم بيعها. «مسألة» ولا يصح فيما لاينقل إجماعا إذ لابد

(قوله) « لا تسلموا إلا فى كيل معلوم » الخ. تقدم بغير هذا اللفظ.

من تعيين البقعة فيكون سلماً فى عين وهو باطل ، إذ السلم تعجيل أحد البدلين وتأجيـل الآخر والاسلام فى العين بخلافه . « مسألة » ، وفى أسلام الدراهم فى الدنانير وجهان : أصحهما المنع إذ يحرم فيه النسأ (الطبرى) ، يصح بشرط التقابض فيكون صرفاً ، وصحح الصرف بلفظ السلم كالبيع.

فصل فيما يصح السلم فيه

« مسألة » (أكثره لك ش فو ل عى) ، و يصح السلم فى اللحم لعموم قوله ﷺ « من أسلم » الخبر (ن ح) لا ، لعظم تفاوته باختلاف المراعى . قلنـا : كتفاوت الحبوب قالوا قال ﷺ « لا سلم فى الطعام » ، أراد به اللحم . قلنـا : لعله أراد المطبوخ لعظم تفاوت الصنعة فيه . (فرع) ولا بد أن يقـول : لحم كذا صغير أم كبير ، ذكر أم أنثى ، خصى أم لا رعى أم معلوف من عضو كذا ، سمنه كذا . و يدخل العظم فى اللحم كدخول النوى فى التمر لاتصاله ، إلا أن يتبرع المسلم إليه « مسألة » (ه قين لك) ، و يصح السـلم فى الشحم و يذكر ما مر ، والألية والبطن (ه قش لك) ، وفى الرؤوس والأكارع . قلت : أرادوا حيث لاتنتبذ (ى قش) لا ، إذ ليس مقصودا أ كله إذ أكثره العظام وهى غير مقصودة . قلت : بل قد يقصد لتطييب ما يطبخ فيه (ه قش) و يصح فى الشواء (قش) لا ، إذ عمل النار فيه مختلف فلا ينضبط . قلنا : بل ينضبط و إن مسته كالنبأ (ى) ، و يصح فى رؤوس ما لايشوى إذا وصف بما يميزه كما مر إجماعا . وفى لحم الصيد حيث يستمر أخذه مميزاً بما مر فى الغنم ، والرضيع والفطيم و بلده وآلة اصطياده ، إذ مايؤخذ بالشرك أطيب مماقتل ؛ وصيد الـكلب أطيب من صيد الفهد ، لـكثرة فتحه فاه ، والفهد مطبق ، فتهكته كريهة . وفى لحم الطير ، فيذكر الجنس والنوع ، أو الحجم ، لا السن والمـكان ، والعضو حيث أسلم فى بعضها . ولا يلزمه الريش والأرجل حيث أسـلم فى اللحم . وفى لحم البحرى فيذكر النوع والحجم والموضع والمملوح منه والطرى والوزن ، ولا يدخل الرأس والذنب وقشر الجلد ، وفى بطون الأنعام فيذكر الجنس كالـكبد والرئة من كذا ، و الحجم والوزن وما مر فى اللحم . ولا يصح

(قوله) « من أسلم » الخبر . تـكرر .

(قوله) « لا سلم فى الطعام » لم أقف عليه والله أعلم .

السلم فى عضو من حى معين كالبيع . « مسألة » ، وفى السمن واللبن والدهن ذاكراً لنوع ماهو منه وكونه رعياً أم معلوفاحليباً أمرائبا . وفى الحليب ليوم أو يومين ، إذ يزهق بالزيادة إلا حيث لاتضره وحده ذهاب حلاوته . فالحلو حليب يقدر بالكيل أو الوزن حسب العرف ، ولا يكال حتى تسكن الرغوة ولا يصح فى المخيض ، إذ هو معيب . والسمن كالحليب ، ويبين العتيق ومدته ، ولونه أصفر أو أبيض ، فإن تغير بالمدة فمعيب لايصح السلم فيه . وفى الزبد كالسمن لكن يقول : زبد يومه أو أمسه ، ورقته إن لم تكن لحر الزمان عيب يرد به ، ولايقدر إلا بالوزن ، بخلاف السمن « مسألة » ويصح فى الودك مع ذكر ماهو منه وجديده أو عتيقه كيلا أو وزناً كالسمن . « مسألة » ويصح فى الودك مع ذكر ما هو منه وجديده وعتيقه ، كيلا أو وزنا كالسمن، ويصح فى ودك السمك إذ ينفع فى دهن السفن لا صبغاً . ويصح فى الجبن واللبأ ذاكراً جنسه ونوعه وبلده ورطوبته ويبسه ، ويقدر بالوزن ، وكونه أبيض أم أصفر . « مسألة » ، ويصح فى الثياب ذاكراً الجنس والنوع والطول والعرض والرقة والغلظ وموضع صنعته ، وفى القميص والسراويل كذلك . وفى المعاجر والقنع والحبرات وفى المطرزات . قلت : حيث لم يعظم التفاوت . ويذكر الخام والمقصور ولون الصباغ فى المصبوغ . « مسألة » ، ويصح فى الذهب والفضة والنحاس والرصاص والحديد ولو مصنوعة . قلت : ما لم يعظم التفاوت . ويذكر المجوف والمصمت . ولا يصح فى المحشو لجهالته (م حص) ولا يصح فى الدراهم والدنانير ، إذ هى ثمن الأشياء (ش الوافى) ، يصح كغيرهما ولعموم « من أسلم » « مسألة » ، ويصح فى آنية النحاس التى لايدخلها جهالة كالطشت والطنجير مع ذكر سعته وعمقه ، وفى الإبريق والقمقم والمسرجة والشمعدان تردد (ى) يصح ويقدر بالوزن « مسألة » ويصح فى آلات الحديد كالسلاح ، وآلة الحرث مقدراً بالوزن والصفة ، وفى الدروع مقدرة بالوزن والصفة . قلت : فيه نظر، لعظم التفاوت والرصاص كالحديد والكحل والمرتك ذاكراً لونه ووزنه وصفته . « مسألة » ، ويصح فى الحرير والكتان والقطن والصوف ذاكراً الجنس والنوع والصفة والوزن والرقة والغلظ ، وفى الكتان موضعه وطول شعرته وخلاصه من قشره . ولا يلزمه قبول الرطب إذ يثقل فى الميزان، وفى القطن وطنه ولونه وطول شعرته وكونه منزوع الحب أو غيره ، فإن أطلق أخذه بحبه كنوى التمر . ولا يلزمه قبول الرطب ولا يصح فيه قبل إخراجه من جوزه لستره بما لامصلحة فيه بخلاف الجوز واللوز والموز . وفى الصوف وطنه ولونه وطول شعره وكونه من ذكور أو إناث، إذ صوف الاناث أنعم وأرطب ، وكونه خريفياً أو ربيعياً، إذ الخريفى أجود

ويصح فى السلب ذاكراً لبلده إذ سلب تهامة ألين ، ولا يسلم فيه إلا وزناً خالصاً عن غصنه . « مسألة » ويصح فى الفواكه ذاكراً للجنس والنوع واللون والوزن،إذ هو أضبط (ن ح) لا يصح فيما يتسارع فساده لنا عموم قوله ﷺ « من أسلم » الخبر ، ويجوز فى الجوز واللوز والبيض عدداً لقلة التفاوت . قلنا : لاوجه له لاختلافه . « مسألة » ويصح فى البقول والأقشام والرياحين وزنا . « مسألة » وفى الحبوب والتمر والزبيب كما مر (ى) ، لا فى العلس والأرز لاحتجابه . ويصح فى أدقة الحبوب كيلا مع وصفه نعومة وخشونة . « مسألة » ، ويصح فى الحلوات كالعسل والسكر ويذكر لونه ونوعه ووقته ، من كونه ربيعيا أو صيفيا ، وكونه مصفى أم لا فإن أطلق تعين المصفى . وله رد ما صفى بنار شديدة لذهاب نفعه . ولا يلزم قبول المائع إلا لشدة حر أو لتأثير هواء إذ هو عيب . ويصح فى الشمع مصفى وغيره ذاكراً لونه ووقته ، وفى السكر ذاكراً جنسه وصفته أحمر أو أبيض ، والأبيض مصرى أو طبرزدى وبلده لاختلافه ، ويصح فى قصبه كذلك ولا يدخل أعلاه إذ لاحلاوة فيه ولا قشره ويقدر كل ذلك بالوزن . «مسألة» ، ويصح فى الأدهان كالسليط كيلا ويذكر بلده وما اعتصر منه وعتاقته ، لاختلاف حاله بذلك وكذلك دهن الجار وهو التبشم والهنيد دهن الحنظل والورد واللوز والبان والزيت ، وإن اختلفت صنعتها ومنافعها . « مسألة » ويصح فى الأطياب كالمسك والعنبر والكافور والزباد والعود وماء الورد وماء اللسان وماء الكادى مقدرا كله بالوزن « مسألة » ويصح فى الخشب والحطب وزناً مع ذكر الجنس والنوع وفى القصب والقضب وزنا . وفى الحشيش وجميع ماتنبت الأرض ، وضروف الأبواب مع ذكر الجنس والنوع والطول والعرض والرقة والغلظ واللون . وما يتخذ للقسى ، ذاكراً نوعه وجنسه ورطوبته ، وكونه سهليا أو جبليا ، إذ الجبلى أقوى وأصلب ، وإن كانت عربية ذكر الطول والعرض ، لا الفارسية، إذ الحاجة فيها إلى قطع صغار مع الوحش ،و يقدر بالوزن ، وما كان للحطب ذكر الجنس والنوع والحجم والرطوبة واليبوسة ، لا اللون . إذ ليس مقصوداً ، ويقدر بالوزن « مسألة » ويصح فى الورق ، فيذكر نوعه كطلحى وبغدادى ونعمانى، وصفته كأحمر وأبيض ، ورقته وغلظه وحجمه ، ويقدر بالوزن . ويصح فى النبل إلا ما قد كملت صنعته ، لاشتماله على الريش والعقب والمتن والنصال ، فيصعب ضبطه ، وكذلك ماقد نحت لتعذر ضبطه رقة وغلظاً . ويصح فيما لم ينحت لإمكان ضبطه ، ويقدر بالوزن « مسألة » (ح ابن سريج) ويصح فى الخفاف والنعال

حيث طبقاته[1] معلومة (بعصش) لا ، لاشتماله على أخلاط يصعب ضبطها قلنا : لا نسلم «مسألة» و يصح في خل العنب ، إذ لا يخلط عليه ماء ، و يقدر بالكيل ، و يذكر العتيق وفي خل التمر والزبيب وجهان (ى) أصحهما : يصح فيهما . وقيل : لا ، لمخالطته الماء فيصير مجهولا . كاللبن المخيض . قلنا : المخيض لا يفتقر إلى الماء ، وهذا يفتقر ، فأشبه قشر الموز والرمان . ولا يصح في الأطياب المركبة من أخلاط للجهالة ، و يصح في المفردة ، إذ لا جهالة حينئذ « مسألة » و يصح في الأحجار ، مع ذكر الجنس والحجم والرقة والغلظ واللون، وتقدر بالوزن ، إما بالسفينة أو بالقبان (ى) لا يعتبر للحرج ، و يذكر التربيع والتدوير حيث يتعلق به الغرض ، و يصح في الآجر واللبن كذلك ، ولا يصح أن يشترط طبخه «مسألة» و يصح في ثوب صبغ غزله ثم نسج وفي العكس تردد (ى) :الأصح الصحة كعكسه و إن أسلم في ثوب مقصور صح « مسألة » و يصح السلم في المركب حيث آلة التركيب من ضرورته كالشهد مع الشمع ، واللبن مع الماء ، فأشبه نوى التمر ، أو لمصلحته ، كالسمك المملوح والجبن المركب من الأنفحة والملح ، والخبز من الماء والدقيق والملح ، فأشبه قشر الموز والرمان . إذ القصد به صلاح غيره ، ولا يصح في المركب من مقصودين على سواء . كالخبيص المركب من الدقيق والعسل والسكر وغيرهما ، والهريسة من اللحم والبر والدهن وسائر التوابل ، والسكباج والزيرباج وسائر الطبائخ المركبة والمعاجين كلها . إذ التركيب يمنع الضبط

فصل في كيفية تسليم المسلم فيه

« مسألة » اذا كان تمراً أو زبيباً ، سلم جافاً ، إذ هو المعتاد . و إن كان رطباً سلم رطبا لا بسرا أو مذنبا ، أو مشدخا . إذ ليس برطب ، وكذلك العنب « مسألة » و إذا أسلم في مكيل سلمه نقيا من التبن والتراب ، و يعفى عن اليسير في الكيل لا الوزن ، وليس له الزيادة على المعتاد في إيفاء المكيل من زلزلة أو صك أو تلق « مسألة » و يجب قبول ما عجل لتبرأ ذمة المعجل ، إلا للحوق من مؤنة إلى وقت الحلول ، كعلف الحيوان ، أو فساد كاللحم ، والرطب حيث له غرض بتأخيره ، أو مؤنة حفظه ، فإن امتنع فوجهان قد مرا . ولا يلزم المسلم إليه التعجيل إن طلب ، إذ تبطل فائدة التأجيل . و إذا امتنع من القبض بعد حلول الأجل قبضه الحاكم لتبرأ ذمة المستسلم « مسألة » ولا يصح التصرف في المسلم فيه قبل قبضه . لقوله ﷺ « من أسلم في شيء فلا يصرفه

(١) نسخة : طاقاته .

إلى غـيره » وكالمبيع قبل القبض (فرع) فإن فعل ثم قبضه المشترى احتمل أن لا يجزىء هذا القبض ، إذ قبضه لغيره ، و إذا قبضه لم يكن له بيعه حتى يعيد الكيل ، لمامر فى البيوع ، ولا يكفى أن يعطيه وهو فى مكياله ، إذ ليس كيلا ثانيا فلم يجز فيه الصاعان « مسألة » وليس المسلم أن يستحيل بالمسلم فيه الى ما فى ذمته ، إذ هو بيع له قبل قبضه ، وقد نهى عنه . فلو كان عن قرض صح كما مر « مسألة » ومن له دين فباع من المدون شيئا بشرط أن يقضيه لم يصح ، لنهيه ﷺ عن بيع وشرط . فإن قال : اقضنى دينى بشرط أن أبيعه منك صح القبض . إذ هو مستحق ولغا الشرط . قلت . أما إذا جعلنا القضاء بيعا ففيه نظر (ى) فإن قال : اقضنى أجود مما أعطيتك بشرط أن أبيعه منك ، ففعل لم يصح ، إذ القبض هنا غير مستحق ، وقد قال ﷺ «مابال أقوام» الخبر. قلت : ولنهيه ﷺ عن بيع وشرط « مسألة » و يصح فيه الإبراء والحط قبل القبض و بعده إجماعا ، إذ لامانع « مسألة » ولو قال : عجل لى وأنا أحط عنك كذا ، ففعلا من غير شرط فى العقد صح إجماعا ، إذ لا مانع (ه ط قين) ولا يصح مع الشرط (حص) إذ يقتضى بيع الأجل ، فيكون كالزيادة فى الحق لأجل الزيادة فى الأجل ، وهو باطل (صش) بل لشبهه بربا الفضل حيث لم يقابل المحطوط مال (ع مى) بل يصح ، إذ الحط يلحق العقد ، واذا جاز منفرداً جاز مشروطا. قلت:وهو الأقرب ، إذ الشرط لا يقتضى الربا ولا يشبهه(ط ح عف) وكذا لو كان الدين من غير السلم (م ع ش عف) بل يصح لما مر ، وهو القوى . فأما الزيادة فى الحق ليزيد فى الأجل فمحرمة إجماعا ، وهو ربا الجاهلية « مسألة » وتصح الإقالة فى السلم كالبيع ، وهى هاهنا فسخ لا بيع قولا واحداً (ه قين) وتصح فى البعض كالكل . ولعموم قوله ﷺ « من أقال نادما بيعته » الخبر (ك عه ل) لا ، لقوله ﷺ «ليس لك إلا سلمك أو رأس مالك» . قلنا : مخصص بالقياس (ى ه ش) فإن شرط فيها خلاف الثمن الأول لم تصح الإقالة ، إذ لم يسقطا حقهما من الثمن والمسلم فيه إلا بشرط العوض ، وشرط خلافه باطل لما مر ، فإذا بطل الشرط بطل المشروط (ح) بل تصح الإقالة ويلغو الشرط . قلت : وهو الأقرب للمذهب كما مر «مسألة»(ى) والضمين بالمسلم فيه

(قوله) «من أقال نادماً » الخبر . لفظه عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال «من أقال مسلماً أقال الله عثرته» أخرجه أبو داود .

لاتصح مصالحته عنه . إذ لايملكه ، فإن صالح المسلم إليه المسلم بمثل رأس المال صح ، وكان إقالة إذ ليست أكثر من ذلك .

فصل

والقول للمسلم في قدر رأس المال ، إذ الأصل البراءة (ض زيد لهب حص الإمام) فإن بينا فبينة المسلم إليه إذ هو الخارج (محمد) بل يحمل على سلمين ، إذ تغاير القدر يقتضي تغاير العقود . فإن اختلفا في جنس رأس المال فسلمان وفاقا بينهم ، لدلالة الاختلاف على تغاير العقود (ش) بل تتهاتر البينتان سواء اختلفا في القدر أم في غيره و يتحالفان ، إذ كل منهما مدع ، و يبطل العقد ، لعموم قوله ﷺ «إذ اختلف المتبايعان تحالفا ، وترادا البيع» (ى) وهو الأصح للمذهب . إذ الخبر أولى من القياس . قلت : بل المذهب الأول : « مسألة » (هق م) والقول لمدعي الصحة حملا لعقود المسلمين على السلامة . فان بينا فبينة مدعي الصحة أولى حملا على عقدين عملا بالبينتين حملا للشهود على السلامة ، فيحكم بالصحيح ، تقدم أم تأخر . فإن تكاذبتا بإضافتهما إلى وقت واحد ، أو وقع التصادق على أن العقد واحد ، تساقطتا ، وحكم بالظاهر ، وهو الصحة . فإن حلفا فبالصحة ، فإن نكلا فبالفساد ، لنكول من اليمين عليه وهو مدعي الصحة « مسألة » (ط هـ فر) و إذا اختلفا في قدر المسلم فيه ، أو جنسه أو صفته أو مكانه أو أجله تحالفا وبطل ، إذ كل مدع . لقوله ﷺ « تحالفا وترادا البيع» فإن بينا فبينة المسلم . قلت : إن أمكن عقدان و إلا بطل ، إذ لا أخصية لأي الجنبتين (ح) كذلك إلا في الأجل والمكان فالقول للمسلم إليه إذ تدخلهما الزيادة والنقص . قلت : و يقول : الأصل عدم التعجيل فيهما (فو) في الأجل كقول(ح)لا المكان إذ هو كالصفة فيتحالفان(عش)يتحالفان في القدر والأجل والصفة،وعنه في القدر والأجل (ك)يتحالفان في الجنس إذ هو صفة،لا القدر فالقول للمسلم إليه، إذ يدعي النقصان وهو الظاهر،لنا عليهم جميعا عموم الخبر إلا ما خصه دليل وهو حيث يكون الظاهر يشهد لأحدهما ، فان نكلا في هذه الخمسة بطل السلم إذ كل منهما مدعى عليه فإن بين أحدهما حكم له « مسألة » (هب) والقول للمسلم إليه في أن المردود بالعيب غير الذي سلمه إذ الأصل البراءة من وجوب تسليم البدل والأرش وفي عدم انقضاء الأجل إذ هو الظاهر

باب اختلاف المتبايعين

« مسألة » (ق) القول فى العقد لمنكر وقوعه أو فسخه إجماعا إذ هو الأصل (هق قم ى ش) ، ولمنكر فساده إذ الظاهر من عقود المسلمين الصحة (م)لابل يبين مدعى الصحة ، إذ منكرها كمنكر الوقوع ، إذ الفاسد غير واقع . قلنا : مع تصادقهما على العقد، فالظاهر ثبوت حكمه إلا لمانع والأصل عدمه (ع ص بالله ح ض زيد) إن أنكر صحته لعدم شرط هو ركن أى يبطل به البيع قبل قوله إذ الأصل عدم وقوع الشرط و إلا بين ، إذ الأصل الصحة . قلنا : بعد التصادق على الإيجاب والقبول الظاهر كمال صفاتهما جريا على عادة المسلمين. (فرع) ولا فرق بين السلم والصرف والإجارة وغيرها من العقود إذ لم يفصل الدليل. قلت : إلا حيث اختلفا فى المجلس فى التقابض فى الصرف والسلم ، إذ الأصل عدمه . (فرع) فإن بينا عمل ببينة الصحة حملا على عقدين ، تنزيها للشهود فيحكم بالصحيح تقدم أم تأخر . « مسألة » ، والقول فى المبيع لمنكر قبضه إذ هو الأصل ، ولمنكر تسليمه كاملا أومع زيادة . لذلك ، وقيل مع التصادق على القبض للبائع إذ الظاهر الكمال . قلنا: لا نسلم . فان اختلفا فى قدره فالقول للبائع إذ الأصل بقاء الملك ، وقيل : بل المشترى إذ يدعى البائع الزيادة فى الثمن . قلت : هما متصادقان على قدره ، وقيل كل منهما مدع فيتحالفان و يبطل ، لنا ما مر . « مسألة » (ط) و إذا قامت بينتا عتق العبد و بيعه وأطلقتا أو أرختا بوقت واحد ، تساقطتا ، وحكم بالعتق قبل القبض لقوة نفوذه و بالشراء بعده إذ القبض أمارة تقدم البيع (ى) بل بينة العتق مطلقا لقوة نفوذه . قلت : حيث لا ترجيح لبطلانه وهنا مرجح . والقول لبائع لم يقبض الثمن فى نفى إقباضه المبيع ، إذ الأصل عدمه وهو مستحق لحبسه . « مسألة» و إذا قامت بينتا بيع الأمة وتزويجها استعملتا تنزيهاً للشهود ، فيحكم بالملك والتزويج و بطلان النكاح إذ الشراء يرفع النكاح إن تأخر ، و يمنعه إن تقدم إذ لا يتزوج مملوكته ، فإن حلفا بطل العقدان إذ كل منهما مدع ، وقد قال ﷺ « تحالفا وترادا البيع » وتبقى للمالك . وكذا إن نكلا حكما بأنه كالإقرار وتعذر الوفاء به فبطل . « مسألة » (ى) فإن قال : كنت قد بعتك هذا العبد

(قوله) « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا » تقدم بغير هذا اللفظ .

بألفين و إلا فهو حر . وقال المشترى : بل بألف و إلا فهو حر ولا بينة تحالفا إذ كل منهما مدع و بطل البيع وثبت العتق إذ البائع مقر بأن المشترى حنث وهو مالك . فإن رضى المشترى بامساكه بألفين لم يعتق عليه ولو أقر بحنث البائع إذ حنث عنده وهو لا يملك ، فإن رده على البائع بعيب أو هبة أو شراء عتق باقراره السابق . قلت : وهذا إنما يستقيم على (قم) أن كلا منهما مدع لا على قولنا ، فالقول للمشترى . « مسألة » فأما فى جنس المبيع وعينه ونوعه وصفته ، ولا بينة فيتحالفان إذ كل مدع ، و يبطل للخبر . فإن بينا فللمشترى إن أمكن عقدان و إلا بطل والوجه واضح . « مسألة » (يه ن فر ثور ابن شبرمة) ، والقول للمشترى فى قدر الثمن سواء كان المبيع تالفا أم باقيا فى يد المشترى ، أو البائع إذ البائع يدعى الزيادة وهو مصادق على بطلان ملكه (قم) القول له فى القدر لما مر . و يتحالفان فى الجنس والنوع والصفة ، إذ لا ظاهر مع أيهما إلا حيث يدعى أحدهما مايتعامل به فى البلد ، فالقول له دون الآخر (قم) ، بل كل منهما مدع إذ لا ظاهر مع أيهما فى القدر ولا فى الصفة . فإن بينا أو حلفا أو نكلا بطل ، و إن بين أو حلف أحدهما فقط حكم له ، أو نكل أحدهما حكم للآخر (ح عك ف) القول للمشترى مع التلف مطلقا ، ومع البقاء يتحالفان و يترادان لقوله ﷺ « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا البيع » قلنا : معارض برواية (عو) إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع و يخير المشترى . سلمنا ، فالمراد قبل قبض المبيع جمعا بين الأخبار (ش محمد عك) ، بل كل منهما مدع مطلقا إذ البائع يدعى العقد على ألفين ، والمشترى على ألف . لكن إن بينا حكم لمدعى الزيادة . و إن تحالفا انفسخ العقد إما بالتحالف أو بفسخ الحاكم أو تفاسخهما كما سيأتى (عك) الأول بعد قبض المبيع للمشترى ، إذ القبض أمارة رضا البائع . وقبل القبض يتحالفان للخبر . لنا تصادقهما على خروج السلعة عن ملك البائع يقتضى ملك المشترى إياها . وعلى البائع البينة فيما يدعى مما أنكره المشترى من الزيادة أو الجنس . قلت : التحقيق أن القول فى الثمن لمدعى مايتعامل به فى البلد

(قوله) « إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا البيع » هكذا روى وقد تقدم ما فيه والله أعلم .

(قوله) « معارض برواية ابن مسعود » تقدمت .

من الأجناس حيث استويا فى القدر، إذ الظاهر معه ثم البائع فى نفى قبضه مطلقا إذ الأصل عدمه إلا فى السلم، ففى المجلس فقط إذ الظاهر بعد التفرق الصحة. وأما فى قدره وجنسه وصفته. فللمشترى بعد قبض المبيع لما مر.

فصل

وإذا قبضه معيبا فله أن يحلف ماقبض ثمن سلعته، إذ العقد يقتضى ثمنا صحيحا وهى حيلة يدفع بها إنكار المشترى لعيب الثمن. «مسألة»، وإذا تلف أحد البدلين وهما قيميان بطل البيع إذ كل منهما مبيع، لا النقد، وإن عين اتفاقا. «مسألة» (ى) ويجبر البائع على أن يسلم من المبيع حصة ماقبضه من الثمن إذ هو فى مقابلتها، وقيل: لا حتى يستوفى كالرهن. قلنا: القصد بالرهن الوثيقة لا غير فافترقا. (فرع) (ى ش)، وكذا لو كان المشترى رجلين من رجل أجبر على تسليم حصة من سلم ما عليه من الثمن (ح) لا، كالرهن لنا ما مر. فإن سلم أحدهما جميع الثمن برىء شريكه (ش) ولا يسلم إلى الدافع نصيبه، بل إلى المالك (ح) بل يسلم جملة المبيع إليه. قلنا: كلو سلم الثمن الأجنبي. «مسألة» والقول للبائع فى نفى العيب وتقدمه فيما يحتمل الحدوث لا كأصبع زائدة إذ الأصل عدمه وفى أن المعيب المردود غير المبيع إذ الأصل السلامة (ى) فان كان المردود بالعيب هو المسلم فيه وأنكر المسلم إليه عيبه، فالقول للمسلم هنا، إذ الأصل بقاء المسلم فيه فى ذمة المسلم إليه، حتى يثبت تسليمه على الصفات المشروطة ببينة أو تصادق. قلت: المذهب ما مر، ويمين البائع والمسلم على القطع إذ هى على فعل نفسه (ﻫ) والقول للمشترى فى نفى عيب ادعى البائع حدوثه عنده غير العيب القديم إذ الأصل عدمه، ويمينه أيضاً على القطع. وإذا اختلفا فى كون الشيء عيبا بيّن المشترى إذ الأصل السلامة، وبينته عدلان من أهل الخبرة فى المبيع. والقول له فى إنكار الرضا وزوال العيب إذ الأصل عدمهما «مسألة» والقول لمنكر الخيار والأجل اذ الأصل عدمهما، ولمنكر مضى مدتهما والأطول منهما لذلك، والقول لمنكر رؤية المبيع إذ الأصل عدمها (ى)، فإن أقر بالرؤية وأنكر كونها مميزة، بيّن. إذ الظاهر إحاطتها بعد إقراره بها. قلت: وفيه نظر والقول للبائع فى عدم غبن الوكيل بالشراء إذ يريد فسخ العقد، والظاهر لزومه، والقول للمشترى فى نفى تبرى البائع من العيب، وفى الانتصار العكس

ولعله سهو . « مسألة » (ى) ، وإذا وجب التحالف بدأ الحاكم بتحليف أيهما شاء إذ لامزية إذ يعود المبيع للبائع والثمن للمشترى. وقيل : بل يقدم البائع، لقوله ﷺ «إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع » فقدمه ، وإذ جنبته أقوى إذ يحاول عود المبيع إليه ، وقيل : بل المشترى إذ المبيع فى ملكه فيبدأ بتحليفه . قلنا : لا مزية فاستويا (فرع) والواجب على كل واحد يمين واحدة فيها نفي وإثبات . نحو : والله مابعتها بألف ، ولقد بعتها بألفين . وقيل يمينان. وإذا حلف البائع خير المشترى بين أن يأخذ المبيع بما حلف عليه البائع أو يحلف كذلك ، وينفسخ البيع وهو معنى قوله ﷺ « والمبتاع بالخيار » وكيفية اليمين أن يقول : والله مابعته بألف . ثم يخير المشترى ، فإن اختار التحليف حلف الأولى : والله ما اشتريته بألفين . ثم يحلف البائع اليمين الثانية : والله لقد بعته بألفين . ثم يحلف المشترى الثانية : لقد اشتريته بألف . (ى) والحق أن الواجب يمين واحدة جامعة . (فرع) وفى تقديم الإثبات على النفي فى اليمينين وجهان (ى) أصحهما تقديم النفي اذ هو الأصل فى التحليف ، وقيل : بل الإثبات كاللعان . قلنا : يمين الحقوق شرعت على النفى ، فإن حلف أيهما بالمركبة أعاد بالقسم وفى كون النكول اقراراً خلاف سيأتى (ش) لايلزم الحق بالنكول حتى يحلف غير الناكل باستحقاقه كما سيأتى : « مسألة » (ى) ، واذا تحالفا لم يبطل العقد لمجرد التحالف إذ العقد وقع صحيحا ، واستقر الملك فلا يرتفع إلا بحكم أو تراض وكالو بينا جميعا ، ولقوله ﷺ « فإن اشتجروا فالسلطان » . وقيل ينفسخ بالتحالف من غير فسخ كارتفاع النكاح باللعان . قلنا : لانسلم الأصل « مسألة » ، واذا افتقر الى الفسخ فهى كونه اليهما ، أم الى الحاكم وجهان : الى الحاكم لأجل الخلاف كالفسخ باعسار الزوج عن النفقة . وقيل الى من شاء منهما لدخول النقص كالفسخ بالعيب . (فرع) وفى انفساخه ظاهراً وباطناً وجوه ثلاثة ينفسخ فيهما كفسخ اللعان والعيب ، وفى الظاهر فقط اذ موجبه جهالة الثمن وانما يجهل

(قوله) « والمبتاع بالخيار » هو فى حديث ابن مسعود الذى مر .

(قوله) « فان اشتجروا » الخ . تقدم فى كتاب النكاح .

ظاهراً لا باطناً (ى) ان كان مدعى الزيادة فى الثمن ظالماً انفسخ ظاهراً فقط ، إذ هو غاصب فى الباطن ، وإلا فظاهراً وباطناً ، إذ ليس بغاصب . إذ خروجه عن ملكه معقود بالإيفاء ولم يحصل « مسألة » وإذا تم الفسخ ترادا عين الباق ، ومثل التالف أو قيمته للخبر (ى) والواجب قيمته يوم قبضه ، إذ هو وقت الضمان ، وقيل يوم التلف إذ هو وقت لزوم القيمة ، وقيل أوفر القيم من القبض إلى التلف ، وقيل أقلها والصحيح الأول (فرع) فإن كان قد تعيب فى يد المشترى لزمه الأرش ، إذ ما أوجب ضمان الكل أوجب أرش النقص ، فإن كان المبيع عبداً فأبق وأيس منه أو كوتب ، فكالتالف ، فإن كان مرهونا أو مؤجراً فسخا إذ يطرأ عليهما الفسخ للأعذار ، والقول للمشترى فى قدر قيمة التالف لأنه غارم . والله أعلم

تم الجزء الثالث من كتاب البحر الزخار بعون
الله تعالى ، ويليه الجزء الرابع منه وأوله
كتاب الشفعة .

م م
م

فهرست

الجزء الثالث من البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار

تم الفهرس والحمد لله رب العالمين